

INBURGEREN **IN DE OPSPORING**

Over de juridische
positie van de burger
in de opsporing
van strafbare feiten



E.M. MOERMAN

Inburgeren in de opsporing

**Over de juridische positie van de burger
in de opsporing van strafbare feiten**

Eelco Matthijs Moerman

Copyright © 2016 E.M. Moerman, Rotterdam

Omslagontwerp: Ilse Schrauwers, isontwerp.nl

Layout: Nicole Nijhuis - Gildeprint

Print: Gildeprint - Enschede

ISBN: 978-94-6233-421-2

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch of door fotokopieën, opname, of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Inburgeren in de opsporing

**Over de juridische positie van de burger
in de opsporing van strafbare feiten**

Integration in criminal investigation

**Regarding the legal position of civilians
in the investigation of criminal offences**

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

prof.dr. H.A.P. Pols

en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op
vrijdag 18 november om 11:30 uur

door

Eelco Matthijs Moerman
geboren te Rotterdam

Promotiecommissie

Promotor: Prof.mr. F.W. Bleichrodt

Overige leden: Prof.mr. Y. Buruma
Prof.mr. J.H. Crijns
Prof.mr. P.A.M. Mevis

Aan mijn ouders, Jan en Marlène

INHOUDSOPGAVE

I	EEN INLEIDING OP DE OPSPORING EN DE BURGERS	15
1.	Introductie	15
2.	Een theoretisch perspectief	16
3.	Een verscherpte definitie	18
4.	Terminologie	22
5.	De onderzoeksvraag en relevantie	24
6.	Afbakening	26
7.	Methode	29
8.	Opbouw onderzoek	30
II	DE HISTORISCHE EN JURIDISCHE ONTWIKKELING VAN DE OPSPORING	33
1.	Inleiding	33
2.	Een kleine geschiedenis van de opsporing	34
2.1	De eerste vormen van opsporing	34
2.2	Opsporing in de middeleeuwen	36
3.	Een recente geschiedenis van de opsporing	41
3.1	Een wijziging in beleid	41
3.2	Regeringsbeleid na 'Samenleving en criminaliteit'	44
3.3	Ter afsluiting	46
4.	De opsporing	47
4.1	Het doel van de opsporing	47
4.2	Het belang van de opsporing	48
4.3	De plaats van de opsporing	48
4.4	De inhoud van de opsporing	52
4.4.1	De reikwijdte van de opsporing	57
4.4.2	Het opsporingsbegrip uit 2000	57
4.4.3	Het huidige opsporingsbegrip uit 2007	58
4.4.3.1	De (nieuwe) voorwaarden van artikel 132a Sv	59
4.4.3.1.1	Het onderzoek in verband met strafbare feiten	59
4.4.3.1.2	Onder gezag van de officier van justitie	59
4.4.3.1.3	Als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen	61
4.4.3.2	De interpretatie van artikel 132a Sv	61
4.5	Wie zijn met de opsporing belast?	65
4.5.1	Artikel 141 Sv	66
4.5.2	Artikel 142 Sv	67
4.5.2.1	De inhoud van artikel 142 Sv	67

4.5.2.2	Vereisten bijzondere opsporingsambtenaren	69
4.5.2.2.1	Titel van opsporing	70
4.5.2.2.2	Bekwaamheid en betrouwbaarheid	71
4.5.2.2.3	Akte van beëdiging	72
4.6	De rol van particulieren in het Wetboek van Strafvordering	72
5.	Reflectie	77

III	DE BETROKKENHEID VAN BURGERS BIJ DE OPSPORING VAN STRAFBARE FEITEN BINNEN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING	81
1.	Inleiding	81
2.	Dwangmiddelen	82
2.1	Het burgerarrest en de daaraan gelieerde steundwangmiddelen	82
2.2	De plaats in het bestel	84
2.3	Voorwaarden uit artikel 53 Sv	86
2.4	Dwang	91
2.5	Juridische bescherming voor de burger	95
3.	Bijzondere opsporingsbevoegdheden	102
3.1	De plaats in het bestel	102
3.2	De positie van de bijstand verlenende burger	105
3.3	De burgerinformant	107
3.3.1	Algemeen	107
3.3.2	Artikel 126v en 126zt Sv	110
3.3.3	Anonimiteit: een verdeling van belangen en verantwoordelijkheden	114
3.3.3.4	Processtukken	116
3.3.3.5	Getuigen	120
3.3.3.6	Bewijs en startinformatie	126
3.3.4	De eindbalans: een herziening van de informantenregeling?	132
3.4	De burgerinfiltrant	135
3.4.1	Algemeen	135
3.4.2	Artikel 126w, 126x en 126zu Sv	136
3.5	De burgerpseudokoop en -dienstverlening	141
3.5.1	Algemeen	141
3.5.2	Artikel 126ij, 126z en 126zt Sv	142
3.6	Ter afsluiting: burgers in de Wet BOB	146
4.	De kroongetuige	147
4.1	Algemeen	147
4.2	Een korte geschiedenis van de kroongetuigeregeling	150
4.3	De wettelijke kroongetuigeregeling	152

4.4	De positie van de kroongetuige	159
5.	Enkele bijzondere vormen van bijdragen van burgers aan de opsporing belicht	165
5.1	Inleiding	165
5.2	Bijzondere dwangmiddelen en verplichtingen	167
6.	Vrijwillige en gedwongen medewerking aan de opsporing	173
6.1	Inleiding	173
6.2	Vrijwilligheid	174
6.3	Verplichtingen	177
7.	Reflectie	184

IV DE NORMERING VAN BETROKKENHEID VAN BURGERS BIJ DE OPSPORING VAN STRAFBARE FEITEN BUITEN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING 187

1.	Inleiding	187
2.	Vormen van burgeronderzoek	188
3.	Het Wetboek van Strafrecht	190
3.1	Inleiding	190
3.2	Enkele aan de opsporing gerelateerde wetsartikelen	191
3.3	Beperkingen van de strafbaarheid	193
3.4	Jurisprudentie	194
3.5	Conclusie	201
4.	De onrechtmatige daad	202
4.1	Inleiding	202
4.2	Een inbreuk op een recht	204
4.3	Strijd met een wettelijke plicht	209
4.4	In strijd met de zorgvuldigheid	211
4.5	Rechtvaardigingsgronden	216
4.6	Conclusie	219
5.	Een nadere normering van de particuliere recherche en de onderzoeksjournalistiek	220
5.1	Specifieke normering van de particuliere recherche	221
5.2	Specifieke normering van de onderzoeksjournalistiek	225
6.	Geformaliseerde publiek-private samenwerking	228
6.1	Geformaliseerde samenwerking met de particuliere recherche	229
6.2	Geformaliseerde samenwerking met de journalistiek	233
7.	Reflectie	237

V	DE STRAFVORDERLIJKE BETEKENIS VAN DOOR BURGERS VERKREGEN BEWIJS	241
1.	Inleiding	241
2.	Pijlers van de strafvorderlijke reactie op particulier onderzoek	242
2.1	Inleiding	242
2.2	De dogmatiek	244
2.2.1	De doelen van strafvorderlijke reacties op vormverzuimen	244
2.2.2	De betekenis voor burgeronderzoek en -bijstand	245
2.3	Het Wetboek van Strafvordering	246
2.3.1	Artikel 359a Sv	247
2.3.1.1	Achtergrond	247
2.3.1.2	Inhoud artikel 359a Sv	249
2.3.1.3	De betekenis van artikel 359a Sv voor burgeronderzoek en -bijstand	253
2.3.2	Artikel 482a lid 4 Sv	257
2.3.2.1	Achtergrond	257
2.3.2.2	Inhoud artikel 482a lid 4 Sv	257
2.3.2.3	De betekenis van artikel 482a lid 4 Sv voor burgeronderzoek en -bijstand	258
2.4	Het EVRM	259
2.4.1	De artikelen 6 en 8 EVRM	259
2.4.2	De betekenis van de artikelen 6 en 8 EVRM voor burgerbijstand	262
2.4.3	De toetsing van het inmengingscriterium door de Hoge Raad en het EHRM	264
2.4.4	De betekenis van de artikelen 6 en 8 EVRM voor burgeronderzoek	281
3.	Reflectie	291
VI	EEN (TOEKOMST)PERSPECTIEF OP DE BURGER EN DE OPSPORING	295
1.	Inleiding	295
2.	Voornaamste bevindingen	295
3.	De toekomstvisie van de wetgever op de burger en de opsporing	302
3.1	Wetsvoorstel 'publicatie camerabeelden verdachten diefstal of vernieling'	302
3.2	De modernisering van het Wetboek van Strafvordering	305
3.2.1	Inleiding	305
3.2.2	De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden	306
3.2.3	Vrijwillige medewerking aan de opsporing	308
3.2.4	De sanctionering van vormverzuimen	311
3.2.5	Conclusie	312

4.	Eigen toekomstvisie op de burger en de opsporing	312
4.1	Uitgangspunten	312
4.2	De rol van de burger in het Wetboek van Strafvordering	314
4.3	De rol van de burger buiten het Wetboek van Strafvordering	315
4.4	Voorstel tot een op artikel 359a Sv geïnspireerd artikel	317
4.4.1	De ratio	317
4.4.2	De grondslag	318
4.4.3	De invulling	318
4.4.4	Ter afsluiting: implicaties van de aanbevelingen	321
5.	Beperkingen en nieuwe onderzoekslijnen	322
6.	Tot besluit	324

SAMENVATTING	327
---------------------	------------

SUMMARY	333
----------------	------------

JURISPRUDENTIEREGISTER	339
-------------------------------	------------

TREFWOORDENREGISTER	351
----------------------------	------------

LITERATUURLIJST	355
------------------------	------------

PORTFOLIO	391
------------------	------------

CURRICULUM VITAE	393
-------------------------	------------

I EEN INLEIDING OP DE OPSPORING EN DE BURGER

1. Introductie

‘Burgernet is een uniek samenwerkingsverband tussen burgers, gemeente en politie om de veiligheid in de woon- en werkomgeving te bevorderen. Hierbij wordt gebruikgemaakt van een telefonisch netwerk van inwoners en medewerkers van bedrijven uit de gemeente. Wilt u ook een actieve rol spelen bij de veiligheid van uw woon- en leefomgeving?’¹

Met zulke wervende teksten probeert de overheid de burger in de opsporing te betrekken. Een dergelijk initiatief valt te plaatsen in een ontwikkeling waarin getracht wordt om burgers in toenemende mate een actieve inbreng in strafzaken te laten leveren. Onder meer met websites, kliklijnen en sms-alerts worden burgers hiertoe geactiveerd. Deze aanpak lijkt zijn vruchten af te werpen. Burgers blijken bereid om een bijdrage te leveren aan de strafvordering.² Toenmalig minister van Justitie Hirsch Ballin duidde dit als een ‘positief te waarderen ontwikkeling’.³ Dat is niet zonder reden. Naar wordt aangenomen heeft de betrokkenheid van burgers bij de strafvordering een positief effect op de ophelderingspercentages.⁴ Bovendien ervaren burgers meer controle over de veiligheid in hun omgeving en ontstaat een positiever beeld over de politie.⁵ Het bevreemdt dan ook niet dat de politie gebruikmaakt van extra ogen en oren.

De participatie van burgers in het domein van de opsporing is van alle tijden. Bijbelse referenties⁶ en wereldberoemde schilderijen⁷ wijzen op de rol die burgers door de eeuwen heen in de opsporing hebben gespeeld. Uniek is de hiervoor geschetste

¹ www.burgernet.nl.

² Zie bijv. Cornelissens & Ferwerda 2010, p. 114 en 115 en Van der Land, Van Stokkom & Boutellier 2014, p. 10.

³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 VI, nr. 108.

⁴ Zie bijv. Van Baardewijk & Hoogenboom 2011, p. 107 en Van Erp, Van Gastel & Webbink 2012.

⁵ Zie Cornelissens & Ferwerda 2010, p. 118-122. Van Leiden & Ferwerda 2011, p. 81 plaatsen hierbij de kanttekening dat een *overall* studie naar de relatie tussen de bijdragen van burgers aan de opsporing en subjectieve veiligheid ontbreekt.

⁶ Zoals het verraad van Jezus door Judas Iskariot dat in het evangelie volgens Matteüs is weergegeven (zie ook Bleichrodt 2010, p. 20).

⁷ Zoals het schilderij ‘De Nachtwacht’ van Rembrandt van Rijn (zie ook Brouwer 2008a) en ‘De Magere Compagnie’ van Frans Hals en Pieter Codde, waarop een schutterij geportretteerd is. Schutterijen waren een groep burgers die in een stad onder andere de orde handhaafden.

betrokkenheid van burgers bij de opsporing om die reden niet te noemen. Wel bijzonder is het actieve beleid van de overheid om dergelijke bijdragen te faciliteren en te promoten. Gesteund door huidige technologische middelen, maakt de overheid het voor burgers eenvoudiger om mee te denken en mee te helpen met de opsporing van strafbare feiten.⁸ Diezelfde moderne technieken maken het bovendien gemakkelijker voor burgers om op eigen initiatief bij te dragen aan de opsporing. In buurten worden bijvoorbeeld WhatsAppgroepen gestart, waarin meldingen gemaakt worden van verdachte gebeurtenissen.⁹

De burger heeft zodoende steeds zichtbaarder een plaats verworven in het domein van de opsporing. Dit domein wordt echter klassiek beschouwd als een exclusief overheidsterrein. Het Wetboek van Strafvordering is op dit principe ook gestoeld. In de artikelen 141 en 142 Sv is bijvoorbeeld vastgelegd welke personen met de opsporing van strafbare feiten zijn belast. De burger wordt daarin niet genoemd. In die zin lijken de opsporing door de overheid en de bijdrage die de burger daaraan levert juridisch twee gescheiden werelden, waarin de opsporing een exclusief domein is van de overheid. Zoals hiervoor is geschetst, laat de praktijk een ander beeld zien.

Deze constatering vormen de grondslag voor en de aanleiding van dit boek. Centraal in dit onderzoek staat de juridische positie van de burger in de opsporing van strafbare feiten. Meer in het bijzonder gaat het om de positiebepaling door de overheid van de burger die een bijdrage levert aan het onderzoeken van strafbare feiten.

2. Een theoretisch perspectief

De intrede van de burger in wat normaliter als het domein van de overheid wordt beschouwd, staat niet op zichzelf. Op allerlei klassieke overheidsterreinen, zoals de afdracht van belastingen¹⁰ en de vormgeving van de verzorgingsstaat¹¹, is de tendens van meer inbreng door burgers zichtbaar. Ook op terreinen die verwant zijn

⁸ Zie bijv. Cornelissens & Ferwerda 2010; Moor e.a. 2011 en Van der Land, Van Stokkom & Boutellier 2014, p. 50-54.

⁹ Zie ook Van der Land & Van Stokkom 2015, p. 6-8.

¹⁰ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 31 066, nr. 133, p. 5 over 'Horizontaal toezicht', dat steunt op 'het uitgangspunt dat burgers, bedrijven en instellingen meer aangesproken mogen worden op hun eigen verantwoordelijkheden en dat de Belastingdienst en belastingplichtigen een wederzijds belang hebben bij het tot stand brengen van een vertrouwensrelatie, waarbij een onnodig zware toezichtslast met lastige discussies en correcties achteraf vermeden kan worden'.

¹¹ Zie bijv. *Gemeentebled* 21 november 2014, 66922, p. 2 waarin over de uitvoering van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning in de gemeente Rotterdam wordt opgemerkt: 'de nieuwe WMO [...] biedt meer mogelijkheden dan voorheen om bewoners te ondersteunen zonder een (individuele) maatwerkvoorziening te verstrekken' en dat in dit kader wordt samengewerkt met 'sociale ondernemers en vrijwilligers, welke een steeds belangrijkere rol spelen in de samenleving'.

aan de opsporing is sprake van toegenomen participatie van derden. In het rapport 'Burgers in veiligheid' uit 2014 wordt bijvoorbeeld stilgestaan bij verschillende vormen van burgerparticipatie in het domein van de veiligheid, zoals in het kader van contactbevordering, conflictbemiddeling en zorg voor de openbare ruimte.¹² Gemeenschappelijk aan deze voorbeelden is dat zij traditioneel gezien worden als een klassieke politietaak.¹³ Ook nu ligt het zwaartepunt van politiewerk nog op deze terreinen, maar op steeds meer niveaus oefenen andere partijen vergelijkbare taken uit.¹⁴ De rollen binnen de zorg voor veiligheid – waaronder ook de opsporing valt te scharen – zijn dan ook aan het veranderen.

Een katalysator achter deze ontwikkeling is de door Garland geduide 'myth that the sovereign state is capable of providing security, law and order, and crime control within its territorial boundaries'.¹⁵ Voor het bereiken van het gewenste veiligheidsniveau bleek de betrokkenheid van andere actoren onontbeerlijk. De onderkenning van dit gegeven heeft ertoe geleid dat de rol van de overheid in het veiligheidsdomein is veranderd. De *nodal governance* theorie van Johnston en Shearing geeft inzicht in deze ontwikkeling. Uitgangspunt van dit model is dat de overheid geen centrumrol meer vervult in het veiligheidsvraagstuk.¹⁶ De overheid is daarentegen een knooppunt geworden in het web van de veiligheid. Tezamen met andere knooppunten, oftewel andere actoren in het veiligheidsdomein, vormt zij een bron die aangewend kan worden om bepaalde doelen, zoals veiligheid, te bereiken.¹⁷ Gewezen kan worden op de zorg voor veiligheid gedurende een voetbalwedstrijd. Op grond van artikel 174 Gemeentewet is de burgemeester belast met de handhaving van de openbare orde en veiligheid. Een voetbalwedstrijd vormt veelal een bedreiging voor de openbare orde. Het minimaliseren van deze risico's is desondanks niet enkel in handen van de overheid. (Vrijwillige) stewards houden bijvoorbeeld toezicht in een voetbalstadion en ook de algemene voorwaarden die de KNVB en voetbalclubs hanteren geven vorm aan de zorg voor veiligheid. Er is zodoende een verscheidenheid aan rollen binnen het domein van de veiligheid die niet (enkel) door de politie vervuld wordt.¹⁸ Van de klassieke Hobbesiaanse visie op de soevereine Staat als voorwaarde voor veiligheid, wordt dan ook geleidelijk afstand genomen. Daarentegen is, in de visie van Johnston en Shearing, optimale veiligheidszorg een resultaat van wisselende samenstellingen, waarbij de overheid geen spilfunctie meer vervult.

¹² Van der Land, Van Stokkom & Boutellier 2014.

¹³ Shearing & Wood 2003, p. 401 en 402. Zie art. 3 Polw 2012: 'de politie heeft tot taak [...] te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde', waaronder blijkens art. 1 lid 2 Polw 2012 moet worden verstaan 'het waken over de veiligheid van personen'.

¹⁴ Joh 2005, p. 577 en 578.

¹⁵ Garland 1996, p. 448.

¹⁶ Johnston & Shearing 2003, p. 144.

¹⁷ Shearing 2004, p. 6.

¹⁸ Van Steden & Hageman 2008.

Met deze transformatie is de zekerheid die een centrale rol voor de Staat kan bieden ingewisseld voor onzekere nieuwe hybride verbanden, waarvan de precieze uitwerking nog niet goed is te overzien. Onbetwist lijkt in ieder geval dat deze ontwikkeling risico's met zich brengt. Bayley en Shearing wijzen onder meer op het gevaar voor ongelijkheid. Met name welgestelden profiteren van de bescherming die de private sector biedt, waardoor de grotere rol van deze branche onrechtvaardig kan uitwerken.¹⁹ Het gevaar van een dergelijke ongelijkheid wordt ook in het kader van de opsporing gesignaleerd. Van Calster en Schuilenburg wijzen erop dat het eerder beschreven veiligheidsproject 'Burgernet' in potentie tot een onderscheid kan leiden tussen buurten, indien bepaalde buurten hieraan niet willen meewerken.²⁰ Naast dit zogeheten 'matteüseffect'²¹, wordt op meer risico's van het *nodal governance* model gewezen. Zo wordt een gebrek aan kennis en expertise bij de politie en gemeente geconstateerd om met burgers samen te werken. De regie over het handelen van burgers ontbreekt, waardoor deelnemers zelf (ongewenste) onderzoeksactiviteiten ontplooiën.²² Er blijkt dan ook onvoldoende duidelijkheid te bestaan over de taken en verantwoordelijkheden van de betrokken actoren.

Het *nodal governance* model roept vragen op over het thema burgers en opsporing. Vanwege de zichtbaardere rol van burgers in de opsporing is ook binnen dit thema de scheidslijn 'publiek-privaat' minder scherp te trekken. Deze ontwikkeling heeft er volgens Schuilenburg toe geleid dat de 'betrokkenheid en verantwoordelijkheid van de deelnemende partijen opnieuw worden uitgevonden, geformuleerd en gelegitimeerd'.²³ De juridische inkadering van deze vragen staan in dit boek centraal. Om dit verder te kunnen uitwerken, wordt eerst verduidelijkt wat onder het thema burgers en opsporing wordt verstaan in dit onderzoek.

3. Een verscherpte definitie

De onderzoeksactiviteiten van de burger – al dan niet onder auspiciën van de overheid – zijn breed te trekken. De burger kan aan het begin staan van de opsporing door aangifte te doen van een strafbaar feit, maar hij kan ook tijdens het opsporingsproces een bijdrage leveren door als informant op te treden. Deze verscheidenheid aan rollen komt ook in de literatuur tot uitdrukking.

¹⁹ Bayley & Shearing 1996, p. 593-595.

²⁰ Calster & Schuilenburg 2008, p. 108.

²¹ Vernoemd naar het evangelie volgens Matteüs 25:29: 'Want wie heeft zal nog meer krijgen, en wel in overvloed, maar wie niets heeft, hem zal zelfs wat hij heeft nog worden ontnomen.'

²² Van Calster & Schuilenburg 2008, p. 103 en 104.

²³ Schuilenburg 2012, p. 16.

Buruma bespreekt de rol van de burger in de opsporing als ‘onderzoek van particulieren en journalisten om dramatische misdrijven op te lossen en/of fouten van politie en justitie aan de kaak te stellen’.²⁴ Dit betreft een ruim kader, waarin de burger verschillende rollen krijgt toebedeeld. In dit uitgangspunt heeft de burger zowel een taak in het onderzoeken van strafbare feiten, als in het controleren van de opsporingsactiviteiten van de overheid. Dit kader bestrijkt het domein van de burger die zonder overheidsbemoeienis speurt. Zo ook Brinkhoff, die een brede context schetst van de vele vormen van participatie van de burger aan de opsporing en de strafrechtspleging in zijn geheel.²⁵ In andere artikelen wordt een vergrootglas gelegd op de meer uitgesproken vormen van burgeronderzoek, zoals journalistieke undercoverprogramma’s en door burgers opgezette opsporingswebsites.²⁶ Al deze auteurs nemen de rol van de burger als initiatiefnemer van het onderzoek als uitgangspunt.

In de oratie van Bleichrodt is een wat omvattender kader te vinden, dat zowel het domein van de burger als dat van de overheid omvat. Deze auteur maakt een onderscheid tussen de burger die informatie verstrekt, de burger die dwangmiddelen toepast, particulier onderzoek en de burger en bijzondere opsporing.²⁷ Dit betreffen de gebieden waar de burger, uit eigen beweging of op verzoek van de overheid, een rol kan spelen in het onderzoeken van strafbare feiten. Ook Nuis onderscheidt rollen binnen het domein van de burger en de overheid, waarbij hij drie groepen ‘onderzoekers’ rubriceert, te weten burgers onderling, professionele (bedrijfsmatige) onderzoekers, en de politie en het Openbaar Ministerie.²⁸

Andere auteurs nemen de rol van de overheid als uitgangspunt. Zo nemen Van Leiden en Ferwerda de bemoeienis van de overheid bij het inzetten van burgers voor de opsporing als beginpunt.²⁹ Zij onderscheiden getuigenoproepen op heterdaad, getuigenoproepen buiten heterdaad, oproepen voor (beeld)materiaal van delicten en inzet van burgers bij opsporingsactiviteiten. In al deze categorieën heeft de overheid een instigerende rol. Dat dit onderscheid niet dwingend is laat Paulissen zien, die een verdeling maakt tussen de ‘laagste’ en ‘hoogste’ vormen van burgerparticipatie.³⁰ De eerste categorie omvat het informeren van de politie en de laatste categorie betreft het meebeslissen met de politie, met daartussenin alle denkbare gradaties.

²⁴ Buruma 2008a, p. 35.

²⁵ Brinkhoff 2008, p. 64.

²⁶ Zie bijv. Buruma 2008b en Prins 2009.

²⁷ Bleichrodt 2010.

²⁸ Nuis e.a. 2004, p. 40.

²⁹ Van Leiden & Ferwerda 2011.

³⁰ Lezing W.J.A. Paulissen, ‘Burgerparticipatie’ op het symposium ‘Participatie van de burger in de opsporing’, Erasmus Universiteit Rotterdam op 27 september 2012 (als toehoorder aanwezig).

Uit deze schets van classificaties van de rol van de burger in het onderzoeken van strafbare feiten valt op te maken dat een omvattend kader ontbreekt. Alle auteurs belichten de rol van de burger vanuit hun eigen perspectief, met elk een eigen focus op de plaatsbepaling van de burger in het onderzoek naar strafbare feiten. Het ontbreken van een raamwerk is niet per se een gemis. Het gaat slechts om een ordening welke de auteurs gebruiken om hun inbreng te structureren. Maar veel aanknopingspunten voor de rol van de burger in de opsporing lijkt de literatuur op dit punt niet te bieden. Duidelijk is in ieder geval dat elke handeling die bijdraagt (of tracht bij te dragen) aan de opheldering van strafbare feiten, onder deze rol kan worden geschaard. Wel wekt de gebruikte terminologie verwarring. Niet altijd wordt duidelijk in welk kader de verscheidene discussies te plaatsen zijn. Zo ontstond een discussie in de literatuur over wie er bevoegd is tot de opsporing van strafbare feiten. Onder anderen Groenhuijsen³¹ en Knigge³² hebben betoogd dat opsporing enkel beperkt is tot de personen in de wet genoemd. Hierbij wordt een strikt juridisch uitgangspunt aangenomen, waarbij de term ‘opsporing’ enkel is beperkt tot overheidsoptreden. Corstens³³ en Reijntjes³⁴ betoogden daarentegen dat ook burgers mogen opsporen. Zij benaderden daarmee dit probleem feitelijk en daarmee in zekere zin minder formeel-juridisch. In het gewone taalgebruik kan natuurlijk gesproken worden van opsporing door de burger. Het probleem is dat beide groepen auteurs een ander uitgangspunt voor het debat nemen – hetzij juridisch, hetzij feitelijk – waarop zij elkaar bestrijden.³⁵ Dit laat zien dat een diffuse begripsvorming funest is voor het debat. Dergelijke discussies onderstrepen het belang van een heldere begripsbepaling.

Gebleken is dat in de literatuur een eenduidig raamwerk voor het classificeren en het normeren van het handelen van de burger in het onderzoeken van strafbare feiten ontbreekt. Het gevolg hiervan is dat onderzoeksactiviteiten van de burger een diffuus begrip geworden is, welke de discussies over de juridische positiebepaling van de burger in het strafrecht allerm minst helpt. Deze onduidelijkheid is zichtbaar bij de vaak gebezigde termen ‘burgerparticipatie’ en ‘burgeropsporing’. Beide termen worden frequent gebruikt in de context van de onderzoekende burger, maar geven een onvoldoende concrete afbakening van wat hieronder kan worden verstaan. Zo wordt ‘burgerparticipatie’ (in de opsporing) omschreven als het meedenken en meekijken bij

³¹ Groenhuijsen 1990, p. 550.

³² Knigge 1990, p. 203.

³³ Corstens 1995, p. 237. In nieuwe drukken van zijn handboek is deze uitspraak sterk gerelativeerd. Zo spreekt Borgers in zijn bewerking van het boek van Corstens dat men geneigd zou kunnen zijn om over opsporing te spreken, maar dat art. 132a Sv dit uitsluit. Zie Corstens & Borgers 2014, p. 288 en 289.

³⁴ Reijntjes 1989, p. 6.

³⁵ Knigge & Kwakman 2001, p. 251 en 252.

de opsporing onder auspiciën van de politie.³⁶ Een dergelijke definitie miskent dat de term ‘burgerparticipatie’ een zeer ruim begrip is, dat meer omvat dan strafrechtelijk handelen alleen. Deze term wordt door de overheid gebezigd in het kader van het betrekken van burgers in bestuurlijk handelen en is zelfs als zorgplicht verankerd in de Gemeentewet.³⁷ In combinatie met de woorden ‘in de opsporing’ wordt de burgerparticipatie verkleind tot strafrechtelijke bijstand, terwijl de term op zichzelf een veel groter domein omvat. Hierdoor is deze term allerminst helder.³⁸

Van groter belang is dat ‘burgerparticipatie’ vervolgens wordt afgezet tegen het begrip ‘burgeropsporing’, dat omschreven wordt als opsporingsactiviteiten die ontplooid zijn door de burger.³⁹ Een dergelijke term vraagt om een korte uitweiding over de termen ‘burger’ en ‘opsporing’. De term ‘burger’ is een zeer algemene term. Met Bleichrodt kan gesproken worden over een ‘kleurrijk gezelschap’,⁴⁰ waartoe zowel een winkelier behoort die een dief aanhoudt als een crimineel die zijn oude maten verlinkt. Kort gezegd, de burger omvat eenieder die op welke wijze dan ook een bijdrage levert aan het onderzoeken van strafbare feiten, tenzij deze burger krachtens artikel 141 of 142 Sv is belast met de opsporing van strafbare feiten (zoals politieagenten⁴¹) of sprake is van onderzoek dat valt binnen een wettelijke taakomschrijving (zoals ambtenaren van de AIVD⁴²). Ondanks (of zo men wil: juist vanwege) deze ruime omschrijving van het woord burger, vormt deze term in combinatie met het begrip ‘opsporing’ een *contradictio in terminis*. Om van opsporing te spreken, moet blijken artikel 132a Sv (onder andere) het onderzoek onder het gezag staan van een officier van justitie. Dit zal bij door de burger zelf geïnitieerd speurwerk niet het geval zijn, waardoor niet gesproken kan worden van opsporing door de burger. Maar ook indien de burger onder gezag van justitie bijdraagt aan de opsporing, bijvoorbeeld als burgerinfiltrant, is terughoudendheid geboden. In die gevallen gaat het – zo blijkt ook uit de wet⁴³ – om *bijstand* aan de opsporing en niet om opsporing door de burger zelf. In artikel 141 en 142 Sv worden bijstand verlenende burgers ook niet met de opsporing van strafbare feiten belast. Daarnaast wordt de term ‘burgeropsporing’ in de literatuur gebruikt om activiteiten te duiden

³⁶ Brouwer 2008a en Van Leiden & Ferwerda 2011, p. 82. Een andere definitie geven Cornelissens & Ferwerda 2010, p. 31: ‘Burgerparticipatie in de opsporing is een algemene term voor inspanningen die door de politie worden verricht om burgers te betrekken bij opsporingsactiviteiten, met als doel dat zij een bijdrage aan de opsporing leveren.’

³⁷ Art. 170 lid 1 sub c Gemw.

³⁸ Zie bijv. Brouwer 2008b, p. 100, die opsporingsjournalistiek onder burgerparticipatie schaaft, terwijl dergelijke programma’s toch weinig van doen hebben met het doel van de overheid om burgers te betrekken in de opsporing.

³⁹ Zie bijv. Buruma 2008a, p. 35; Van Leiden & Ferwerda 2011, p. 81; *Kamerstukken II* 2008/09, 32 204, nr. 3, p. 6 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 VI, nr. 110, p. 4.

⁴⁰ Bleichrodt 2010, p. 4.

⁴¹ Art. 141 sub b Sv.

⁴² Art. 6 Wiv 2002.

⁴³ Het opschrift van Titel VA van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering luidt: ‘Bijstand aan opsporing door burgers.’

waarbij de overheid veelal niet betrokken is, terwijl de term opsporing die bemoeienis nu juist wel suggereert. De term ‘burgeropsporing’ is juridisch gezien dus onzuiver en kan daarom beter vermeden worden. Hier kan nog tegenin worden gebracht dat tot 2000 allerm minst duidelijk was wat er precies onder opsporing moest worden verstaan, omdat toen pas een wettelijke definitie van het begrip ‘opsporing’ in het Wetboek van Strafvordering werd opgenomen.⁴⁴ Dit laat onverlet dat een dergelijke term tot verwarring leidt. Opsporing en bijdragen van burgers aan de opsporing zijn twee wezenlijk te onderscheiden begrippen en dienen daarom ook als separate begrippen behandeld te worden.

Met deze onjuiste terminologie als vaak gebezigd uitgangspunt in de literatuur blijken we ons te bevinden op een gefragmenteerd speelveld. Om die reden wordt hierna een kader gepresenteerd waarmee de bijdrage van de burger in de opsporing van strafbare feiten duidelijker kan worden afgebakend.

4. Terminologie

De verscheidenheid aan rollen die de burger in de opsporing van strafbare feiten kan hebben, is groot. Tegelijkertijd: de rol van de burger in de opsporing lijkt steeds belangrijker te worden, nu de overheid in toenemende mate een beroep doet op die burger. Tegen deze achtergrond is een duidelijke afbakening van begrippen geboden. Deze zijn als het ware de fundamenteën voor dit onderzoek. Om de hiervoor behandelde redenen bieden de termen ‘burgerparticipatie’ en ‘burgeropsporing’ deze duidelijkheid niet en zij worden daarom ook vermeden in dit boek. De rollen die de burger heeft in de opsporing van strafbare feiten worden daarentegen gekoppeld aan twee andere (nieuwe) termen.

Indien het initiatief van de betrokkenheid van de burger in de opsporing vanuit de overheid komt, zal gesproken worden over de ‘bijstand aan de opsporing’, kortweg ‘burgerbijstand’. Het gaat dan om *actieve bemoeienis* van de overheid om de burger in die opsporing te betrekken. Hierbij moet gedacht worden aan de bijzondere opsporingsbevoegdheden (zoals burgerinfiltratie), maar ook aan samenwerkingsverbanden tussen overheid en particulieren die niet op de wet zijn gebaseerd (zoals publiek-private samenwerking met IT-bedrijven⁴⁵). Van belang is dat de term ‘opsporing’ per definitie het domein van de overheid omvat. Opsporen gebeurt enkel door de overheid, waardoor burgers slechts een bijdrage hieraan kunnen leveren. Deze bijdrage is in de gekozen terminologie verwoord door de term ‘bijstand’, welke is overgenomen uit Titel VA van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering.

⁴⁴ Wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245.

⁴⁵ Zie nader Koning 2013.

Dit begrip omvat de verschillende manieren waarop de burger actief bij de opsporing betrokken wordt. Zodoende combineert de 'bijstand aan de opsporing' zowel het initiatief (vanuit de overheid) als waarop dat initiatief is gericht (op een bijdrage aan de opsporing).

Indien het initiatief tot het onderzoeken van strafbare feiten bij de burger ligt, is een term nodig die dit onderzoek uit het domein van de overheid haalt. De overheid is immers niet actief betrokken bij dergelijk particulier onderzoek. De term 'opsporing' zal in deze context daarom moeten worden vermeden, omdat dit begrip juist impliceert dat de overheid enige bemoeienis heeft met dit handelen van de burger. Bovendien zijn de onderzoeksactiviteiten van burgers niet per definitie gericht op de opsporing, maar soms juist op andere, meer private belangen. Een onderzoek naar fraude door de bedrijfsrecherche is bijvoorbeeld gericht op de integriteit van het bedrijf zelf, waarbij de vruchten van het onderzoek eventueel overgedragen kunnen worden aan de politie. De bijdrage aan de strafvordering is in die gevallen van ondergeschikt belang, waardoor associaties met de term opsporing vermeden dienen te worden. Voorgesteld wordt om de term 'burgeronderzoek' te bezigen. Hierbij gaat het om onderzoeksactiviteiten waarmee de overheid geen directe bemoeienis heeft. Gedacht kan worden aan journalistiek onderzoek, maar ook aan particulier researchewerk. Bij burgeronderzoek ligt het initiatief dus, in tegenstelling tot de bijstand aan de opsporing, bij de burger.

Het kan lastig zijn een zuivere grens te trekken tussen beide begrippen. Het is soms moeilijk te duiden wie het initiatief van het onderzoek heeft genomen, waardoor het onderscheid vertroebelt. De zaak M.M. tegen Nederland is hiervan een goed voorbeeld.⁴⁶ Een vrouw werd lastiggevallen door de advocaat van haar man. Zij voelde aan dat het moeilijk was om haar zaak te bewijzen en trad in overleg met de politie of meer bewijs noodzakelijk was. Naar aanleiding hiervan leverde de politie aan de vrouw opnameapparatuur en instructies om de telefoongesprekken met de advocaat op te nemen. De hierdoor vergaarde informatie werd gebruikt in de strafzaak tegen de advocaat. Dit riep de vraag op of de bemoeienis van de overheid bij de bewijsvergaring tot een inbreuk op het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht van de verdachte op 'respect for his private life and correspondence' leidde. De Hoge Raad nam een schending van artikel 8 EVRM niet aan, omdat de bijdrage van de overheid bij de bandopname van ondergeschikt belang was.⁴⁷ Het EHRM oordeelde daarentegen dat de politie 'made a crucial contribution' aan het vergaarde bewijs en stelde daarom een schending van artikel 8 EVRM vast.⁴⁸ Kortom, het initiatief was – aldus het Hof – overgenomen door de overheid, waardoor zij verantwoordelijk werd gehouden voor het handelen van de vrouw. Dit raakt de kern van het onderscheid tussen

⁴⁶ EHRM 8 april 2003, 39339/98, EHRC 2003/45 m.nt. Mols (*M.M./Nederland*). Zie nader hfd. 5 §2.4.3.

⁴⁷ HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZDo642, r.o. 6.3.2, NJ 1997/500 m.nt. 't Hart.

⁴⁸ EHRM 8 april 2003, 39339/98, r.o. 39, EHRC 2003/45 m.nt. Mols (*M.M./Nederland*).

burgerbijstand en burgeronderzoek. Op welk moment kan de burger verantwoordelijk worden gehouden voor de manier waarop de informatie is vergaard en op welk punt slaat deze verantwoordelijkheid over naar de overheid? Het is juist dit grensgebied van burger en overheid dat vanuit strafrechtelijk perspectief intrigeert. Hoe verhouden de verantwoordelijkheden van de burger in het onderzoek naar strafbare feiten zich tot de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de opsporing? Die vraag speelt op het raakvlak van burgeronderzoek en burgerbijstand.

5. De onderzoeksvraag en relevantie

De hiervoor behandelde begrippen krijgen betekenis in de context waarin ze geplaatst worden. Die context is in de inleiding beschreven aan de hand van het *nodal governance* model. Kern van dit model is dat de zorg voor veiligheid niet enkel in handen ligt van de overheid, maar dat ook andere actoren, zoals winkeliers en woningbouwverenigingen, hierbij betrokken zijn. De centrale rol van de Staat in de veiligheidszorg is volgens dit model dus geen vanzelfsprekendheid meer. Op het eerste gezicht sluit dit model goed aan bij de huidige praktijk van de opsporing. Bij de opsporing van strafbare feiten werkt de overheid immers in toenemende mate samen met burgers. De rol van de overheid in het domein van de strafvordering is daardoor aan het veranderen. Deze verschuivingen hebben een kenmerkend aspect van het *nodal governance* model tot gevolg, namelijk dat de verhoudingen tussen en de verantwoordelijkheden van de verschillende actoren opnieuw moeten worden ingevuld. Zo zijn burgers gebonden aan de regels van het straf- en het civiele recht, maar het Wetboek van Strafvordering is niet op hen van toepassing. Vanwege het legaliteitsbeginsel is het handelen van de overheid wel aan deze regels gebonden. Door de bank genomen zijn opsporingsambtenaren hierdoor aan veel meer regels gebonden dan de 'gewone' burger. Voor burgers is het bijvoorbeeld in veel gevallen toegestaan om gesprekken op te nemen, terwijl opsporingsambtenaren daar niet zonder meer toe gerechtigd zijn.⁴⁹ Daarnaast toont de hiervoor besproken M.M.-zaak aan dat de samenwerking tussen politie en niet-opsporingsambtenaren vragen oproept over de verantwoordelijkheidsverdeling tussen beide actoren in de strafvordering. De jurisprudentie is niet uitgekristalliseerd, maar rechters lijken niet snel verantwoordelijkheid van de politie en justitie aan te nemen.⁵⁰ Wat de samenwerking tussen overheid en burger precies betekent voor de verantwoordelijkheden in de opsporing, de bruikbaarheid van door particulieren vergaard bewijs en de normering van de opsporing, is zodoende allerm minst helder. Deze

⁴⁹ Zie bijv. art. 126s Sv en 139 lid 2 Sr. Zie nader hfd. 4 §3.2.

⁵⁰ Zie bijv. HR 23 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8478, NJ 2005/193 m.nt. Buruma en HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7636, NJ 2012/264.

conclusie valt te begrijpen vanuit het perspectief van het *nodal governance* paradigma; de veranderende rol van de overheid in de opsporing vraagt immers om een nieuwe invulling van de verantwoordelijkheden van en verhoudingen tussen de overheid en de burger in de opsporing, zeker nu deze ontwikkeling voorlopig nog niet ten einde lijkt.⁵¹

Toch is het de vraag of het besproken model voldoende recht doet aan de opsporingspraktijk. Hoewel er auteurs zijn die het einde van de klassieke rol van de politie in het veiligheidsdomein voorspellen,⁵² is vanuit juridisch perspectief de opsporing *per definitie* als een overheidstaak te duiden. Gebleken is immers dat in het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv het handelen van opsporingsambtenaren centraal staat. Tevens kan gewezen worden op de gezagsrol die de officier van justitie op basis van artikel 148 Sv over het opsporingsonderzoek uitoefent. In die zin staat het handelen van de overheid, anders dan het *nodal governance* model veronderstelt, wél centraal in de opsporing.⁵³ Zo bezien kan het handelen van derden in de opsporing juist een last zijn voor de strafrechtelijke autoriteiten. Buruma en Cleiren hebben er bijvoorbeeld op gewezen dat onderzoekende burgers strafrechtelijk onderzoek kunnen belemmeren.⁵⁴ Ook moet niet uit het oog verloren worden dat de betrokkenheid van burgers in de opsporing, ondanks de baten die het kan opleveren, beslag legt op de (schaarse) capaciteit van de politie. Tips moeten worden nagevolgd en ook het opzetten van samenwerkingsprojecten vraagt om een investering aan de zijde van de overheid.⁵⁵ Desalniettemin geeft het *nodal governance* model aanleiding om te reflecteren op de klassieke, overheidsgerichte invulling van de opsporing.

Een onderzoek naar de juridische verhouding tussen de overheid en de andere actoren in het domein van de opsporing is voor zowel de overheid als de burger relevant. Ten eerste speelt het belang van *de burger*. Indien hij een bijdrage wil leveren aan de opsporing moet hij het speelveld kennen. Tot hoe ver mag zijn bijdrage gaan? Naast het perspectief van de onderzoekende burger zijn tevens de belangen van de verdachte burger relevant. Tot op welke hoogte mogen andere burgers een inbreuk maken op zijn privacy? Ten tweede speelt het belang van *de overheid*. De samenwerking tussen de overheid en de burger is gericht op het benutten van het potentieel van de burger in de opsporing. In die zin is van belang of de samenwerking ook leidt tot bruikbaar bewijs in een strafzaak. Daarnaast speelt de vraag wat de verantwoordelijkheid voor de opsporing betekent voor de rol die de burger hierin mag spelen. Tot op welke hoogte mag de overheid de burger in de opsporing betrekken? Een duidelijke positionering

⁵¹ Zie bijv. Cornelissens en Ferwerda 2010, p. 115 en 116; Moor e.a. 2011 en *Kamerstukken II* 2008/09, 29 614, nr. 12.

⁵² Zie nader Hoogenboom 2009.

⁵³ Ook in de literatuur wordt kritiek geuit op de marginale rol die de overheid speelt in het *nodal governance* model. Zie voor deze en andere kliekpunten Schuilenburg 2012, p. 60-66.

⁵⁴ Resp. Buruma 2008a, p. 46 en 47 en Cleiren 2008, p. 280 en 281.

⁵⁵ Cornelissens & Ferwerda 2010, p. 135 en 136.

van de burger in de opsporing is derhalve een *gedeeld belang*, zowel de overheid als de burger heeft baat bij een helder juridisch kader voor de verhouding tussen burgers en opsporing. Om deze relevante punten te analyseren, worden de volgende deelvragen onderzocht:

- *Wat moet juridisch onder de term ‘opsporing’ worden verstaan?*
- *Wat zijn de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de opsporing?*
- *Welke ruimte geeft het Wetboek van Strafvordering om burgers bij de opsporing te betrekken?*
- *Welke zijn de algemene (buiten)wettelijke kaders van burgeronderzoek?*
- *Onder welke omstandigheden worden rechtsgevolgen verbonden aan (on)rechtmatige burgerbijstand en -onderzoek?*

Deze deelvragen zullen leiden tot een beantwoording van de onderzoeksvraag:

Hoe verhoudt de bijdrage van de burger aan de opsporing zich tot de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de opsporing?

6. Afbakening

Het onderwerp burgers en opsporing omvat een grote variatie aan bijdragen en daaraan gerelateerde juridische vraagstukken. Om de leesbaarheid en de juridische relevantie van dit boek te bewaken, is een afbakening van dit onderzoek dan ook noodzakelijk. Uitgangspunt bij deze afbakening is dat de juridische uitdagingen omtrent de rol van de burger in de opsporing geconcretiseerd, geanalyseerd en – indien noodzakelijk – van aanbevelingen worden voorzien. De onderwerpen die in deze studie de revue passeren, dienen hieraan dienstig te zijn. Hier zij reeds opgemerkt dat het *nodal governance* model in dit boek niet verder centraal staat. Het model is slechts in hoofdlijnen besproken, zodat de ontwikkelingen in het domein van de opsporing geduid kunnen worden. Een verdere bespreking en analyse van dit model heeft onvoldoende meerwaarde voor de onderzoeksvragen die in dit boek centraal staan.

De nadruk op de rol van de burger in de opsporing brengt mee dat de inbreng van derden in andere fasen van het strafproces, zoals tijdens het onderzoek ter terechtzitting, grotendeels buiten het kader van dit onderzoek valt. De ontwikkeling richting een sterkere positie van het slachtoffer in het strafproces toont de grotere rol van particulieren in de strafvordering aan, maar dergelijke ontwikkelingen raken niet

direct aan de positie van de burger in de opsporing. Om die reden ligt de focus van dit onderzoek op de bijdragen van derden aan de opsporing.⁵⁶

De verhouding tussen burgers en opsporing (en daarmee de kern van dit boek) is gesitueerd in het domein van de overheid. De overheid bepaalt de plaats van de burger in de opsporing. Dit zou de suggestie kunnen wekken dat dit onderzoek zich enkel richt op de bijstand van de burger aan de opsporing en niet op eigen initiatieven van de burger, daar deze zich buiten het domein van de overheid bevinden. Dit ‘burgerdomein’ is echter wel van belang, omdat de overheid ook op dit vlak begrenzingen heeft opgelegd die raken aan de positie van de burger in de opsporing. De aanhouding van een verdachte door de burger in een heterdaadsituatie (het zogenaamde ‘burgerarrest’), is hiervan een goed voorbeeld. Hoewel deze burger op eigen initiatief iemand aanhoudt, levert hij een bijdrage aan de opsporing van strafbare feiten. Bovendien kan niet uitgesloten worden dat zelfstandig door burgers vergaarde informatie gebruikt kan worden in het opsporingsonderzoek. Zodoende bevindt burgeronderzoek zich in de periferie van de overheid en worden deze particuliere bijdragen in dit onderzoek betrokken. Wel wordt dit thema op twee vlakken nader ingekaderd. Vanwege de grote verscheidenheid aan verschijningsvormen van burgeronderzoek, wordt enkel stilgestaan bij onderzoeksjournalistiek en particuliere recherchebureaus. Deze keuze houdt verband met de plaats die zij innemen in de jurisprudentie en de literatuur en de verwantschap die zij vertonen met de opsporingspraktijk. Een tweede afbakening is gelegen in onderzoek door burgers waarbij een directe relatie met de opsporing ontbreekt. Dit type onderzoek maakt geen deel uit van deze studie, tenzij hieruit grenzen kunnen worden gehaald voor het handelen van de burger.⁵⁷

Een verdere afbakening houdt verband met het strafprocesrechtelijk karakter van dit onderzoek. Dit boek richt zich namelijk op de plaats van burgers in het onderzoek naar strafbare feiten. Nu de positiebepaling van de burger in de opsporing voornamelijk strafprocessueel wordt gekleurd, staat met name het Wetboek van Strafvordering centraal. In dit wetboek komt de overheidstaak tot opsporing het meeste tot uitdrukking. Aan andere strafvorderlijke regelgeving, zoals de Opiumwet, wordt slechts in beperkte mate aandacht besteed. Wel zullen op sommige plekken dwarsverbanden worden gelegd met het materiële strafrecht en met andere rechtsgebieden. Zo bepaalt onder meer het Wetboek van Strafrecht de grenzen van burgeronderzoek. Bovendien kan particulier onderzoek onrechtmatig zijn jegens een andere burger en zich daarmee dus bevinden in een privaatrechtelijk kader.

⁵⁶ Zie nader hfd. 2 §4.6.

⁵⁷ Zo maken de zogeheten ‘pedojagers’, die via websites de adresgegevens bekend maken van vermeende pedofielen, geen deel uit van deze studie.

De nadruk op het strafproces brengt ook met zich dat het huidige strafvorderlijke stelsel het uitgangspunt vormt voor dit onderzoek. De centrale rol van de overheid in de opsporing wordt bijvoorbeeld niet ter discussie gesteld, daar de insteek van deze studie gericht is op de juridische plek van de burger in het strafvorderlijke systeem.

Daarnaast is ervoor gekozen om een nadruk te leggen op het nationale recht. Een dergelijke begrenzing is niet vanzelfsprekend. Het strafrecht wordt immers, net als vele andere rechtsgebieden, steeds meer genormeerd door internationale aspecten. Zo richt de Europese Unie zich in toenemende mate op harmonisatie van het strafrecht.⁵⁸ Deze ontwikkelingen zijn van groot belang voor het strafrecht, maar voor deze studie (die zich op de nationale wet- en regelgeving richt) speelt dit aspect toch enigszins op de achtergrond. Daarmee is niet gezegd dat de internationale dimensie wordt genegeerd. Daar waar 'Europa' of het internationale recht belangrijke inzichten biedt in de onderhavige materie, wordt hierop ingespeeld. Zo kan de positie van de burger in de opsporing nooit volledig worden geanalyseerd zonder daar de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in te betrekken. Zodoende is het nationale recht en de toepassing daarvan het uitgangspunt, maar kunnen het Europese en het internationale recht op bepaalde punten de benodigde kleur en nuances geven.

Een laatste afbakening houdt verband met de verantwoordelijkheden van de burgers en de overheid in de opsporing. De zorgplicht van de Staat voor de burgers die participeren in de opsporing zal niet verkend worden. De reden hiertoe is tweeledig. Ten eerste richt deze studie zich met name op het Wetboek van Strafvordering. In dat wetboek spelen zorgplichten zeker een rol, maar in het gehele palet van zorgplichten is die rol beperkt. Zorgplichten strekken zich uit over verschillende gebieden, van de volksgezondheid⁵⁹ tot het milieu.⁶⁰ Dit onderwerp overstijgt zodoende de reikwijdte van dit boek. Een tweede reden is meer van praktische aard. Er zijn reeds publicaties over dit onderwerp verschenen, waaronder recentelijk ook een proefschrift.⁶¹ Een analyse over zorgplichten zou daarom slechts een herhaling van zetten inhouden. De geïnteresseerde lezer wordt dan ook naar deze publicaties verwezen.

⁵⁸ Zie bijv. de tien 'Euromisdrijven' genoemd in art. 83 lid 1 WVEU, maar ook op het gebied op van de bestrijding van fraude is de Europese Unie actief. Zie Mededeling van 20 september 2011, COM(2011) 573.

⁵⁹ Zie bijv. art. 22 lid 1 Gw.

⁶⁰ Zie bijv. art. 1.1a Wet milieubeheer.

⁶¹ Zie bijv. Bleichrodt & Korten 2012 en Korten 2015.

7. Methode

Tegenwoordig bestaat er een bulk aan rechtsliteratuur waarin het belang van een degelijke methodiek in de rechtswetenschap wordt gepropageerd.⁶² Een gedegen methode is van belang om de kwaliteit van rechtswetenschappelijk onderzoek te waarborgen.⁶³ Een methodologische verantwoording kan alleen al om die reden niet ontbreken. Omdat juridisch onderzoek zich moeilijk leent voor een verklaring van de manier waarop juridische bronnen geselecteerd en geanalyseerd zijn, is het onvermijdelijk dat slechts in algemeenheden duidelijk wordt gemaakt hoe het onderzoek wordt uitgevoerd. Wel wordt getracht duidelijk te maken welke keuzes in het onderzoek zijn gemaakt.

In dit boek zullen wetgeving, jurisprudentie en literatuur worden onderzocht. Het onderzoek begint met een onderzoeksvraag die is toegespitst op een leemte waarin de literatuur (thans) niet voorziet. Concreet: van tevoren wordt in kaart gebracht op welk speelveld de burger zich juridisch in de opsporing bevindt. Het onderzoeksvoorstel vormt hiervoor de basis. Via juridische databases⁶⁴ wordt een beeld gevormd van de 'state of the art' van de rol van de burger in de opsporing en dit kan als startpunt gelden voor de analyse. De centrale vraag bij deze analyse is: 'Wat zegt dit onderwerp over de verantwoordelijkheden van burgers en overheid en in welke mate wordt invulling gegeven aan deze verantwoordelijkheden in de opsporing?' Beantwoording van deze vraag leidt weer tot nieuwe inzichten. Zo speelt bijvoorbeeld bij het gebruik van door burgers vergaard bewijs de vraag welke waarde rechters aan dit materiaal hechten in een strafzaak. Wie wordt er verantwoordelijk gehouden voor de manier waarop de informatie is verzameld en welke gevolgen hebben deze verantwoordelijkheden voor de bruikbaarheid van het bewijs? Beantwoording van die vragen leidt tot nieuwe vragen over de invulling van deze verantwoordelijkheden. Daar waar de rechtsbronnen niet voldoende houvast bieden om tot een goede invulling te komen, zal het onderzoek worden aangevuld met gesprekken met mensen uit de praktijk. Dergelijke gesprekken hebben enkel een verduidelijkend karakter; algemene conclusies zullen hier niet aan worden verbonden. Daarvoor is immers een andere, meer gestructureerde aanpak nodig. Door middel van deze stapsgewijze benadering wordt als het ware doorgebouwd op uit de literatuur, jurisprudentie en wetsgeschiedenis vergaarde inzichten.

⁶² Zie bijv. Dobinson & Johns 2007; Van Hoecke 2011 en Taekema 2011.

⁶³ Zie Van Gestel 2015 over deze en andere facetten van de kwaliteit van rechtswetenschappelijk onderzoek.

⁶⁴ De wetsgeschiedenis wordt voornamelijk doorzocht via www.statengeneraaldigitaal.nl en www.officielebekendmakingen.nl. De rechtspraak wordt onder meer verzameld via jurisprudentiedatabases zoals www.rechtspraak.nl en hudoc.echr.coe.int. De literatuur wordt onder meer verzameld via de databases van 'Kluwer Navigator' en 'OPmaat'.

Deze benadering klinkt door in de opbouw van het boek. Daar waar ontwikkelingen worden beschreven, wordt telkens duidelijk gemaakt welke vragen dit oproept. Deze vragen worden vervolgens weergegeven en geanalyseerd. In die zin zijn de onderzoeksresultaten en de manier waarop het onderzoek wordt uitgevoerd transparant. Het denkproces om tot bepaalde inzichten te komen wordt immers aan de lezer voorgehouden.

8. Opbouw onderzoek

De kern van dit boek is verspreid over vier hoofdstukken. Het eerste inhoudelijke hoofdstuk – hoofdstuk 2 – is gewijd aan de verantwoordelijkheden van de Staat in het kader van de opsporing. Aan de hand van de geschiedenis van de opsporing wordt de rol die de overheid en de burger in de strafvordering vervullen verkend. Het zwaartepunt van dit hoofdstuk ligt op de ratio achter de overheidstaak tot opsporing en de wijze waarop dit gegeven nog doorklinkt in het huidige Wetboek van Strafvordering. De focus zal daarbij liggen op de huidige invulling van het opsporingsbegrip uit artikel 132a Sv en de daaraan verwante bepalingen. Deze benadering maakt het mogelijk om de betekenis van de historische verantwoordelijkheden van de Staat in het kader van de opsporing voor het hedendaagse strafvorderlijke stelsel te duiden. Dit is van belang, omdat hiermee de juridische ruimte om burgers in de strafvordering te betrekken duidelijk wordt.

Met een algemeen kader als uitgangspunt wordt in hoofdstuk 3 stilgestaan bij de rol die de burger in het Wetboek van Strafvordering speelt. De nadruk ligt met name op de door de overheid geëntameerde bijdragen van burgers, zoals de inzet van burgerinfiltranten, maar ook de ruimte die de overheid geeft om zelfstandig bij te dragen aan de strafvordering, zoals het burgerarrest, wordt besproken. Met dit hoofdstuk wordt inzicht gegeven aan de invulling van de in hoofdstuk 2 gesignaleerde strafvorderlijke verantwoordelijkheden van de Staat binnen de kaders van het Wetboek van Strafvordering.

De zelfstandige bijdragen van burgers aan de opsporing hebben een plaats gekregen in hoofdstuk 4. In dit hoofdstuk staan de onderzoeksjournalistiek en particuliere recherchebureaus centraal. Welke begrenzingen heeft de overheid aan dit type burgeronderzoek opgelegd? Deze vraag wordt vanuit het Europese, civiele, en het strafrecht benaderd. Aan de hand hiervan wordt duidelijk welke ruimte de overheid laat voor particulier onderzoek. Ook de geformaliseerde samenwerkingsverbanden tussen politie en justitie en derden komen hierbij aan bod.

De strafvorderlijke betekenis van de in hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4 beschreven bijdragen die burgers aan de opsporing kunnen leveren, staan in hoofdstuk 5 centraal. Het doel van de bijdrage van de burger aan de opsporing is duidelijk: het leveren van informatie die de politie helpt bij het ophelderen van strafbare feiten. Die informatie kan soms een prijs hebben. Misschien is de informatie gestolen, of is de verdachte door de tipgever uitgelokt tot het plegen van bepaalde strafbare feiten. De centraal staande verantwoordelijkheden van burger en overheid kunnen belangrijke implicaties hebben voor het strafproces. Welke waarde kan er aan door burgers vergaard bewijs worden gehecht? Is dit altijd bruikbaar in een strafzaak? En kan het Openbaar Ministerie door het handelen van de burger zijn vervolgingsrecht verliezen? Kortom, vele belangen zijn aan de orde. In dit deel worden daarom de gevolgen van de verantwoordelijkheid van de overheid – die immers gebruikmaakt van de door burgers vergaarde informatie – strafvorderlijk belicht.

De voornaamste bevindingen uit deze vier inhoudelijke hoofdstukken krijgen een plaats in het afsluitende, zesde hoofdstuk. De centrale onderzoeksvraag wordt daarin beantwoord. Tevens wordt de blik op de toekomst gericht: welke rol zou de burger moeten krijgen in de opsporing? Deze vraag wordt vanuit het perspectief van de wetgever en aan de hand van de voornaamste bevindingen van deze studie beantwoord.

II DE HISTORISCHE EN JURIDISCHE ONTWIKKELING VAN DE OPSPORING

1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat de ontwikkeling van het denken over opsporing centraal. Daarvoor wordt teruggegaan naar de wortels van ons hedendaagse opsporingsbegrip. Een duidelijke definiëring van de term ‘opsporing’ is aangewezen om te begrijpen welke plaats deze strafvorderlijke term in het Nederlandse straf(proces)recht inneemt. Opsporing is namelijk meer dan het vergaren van informatie ter opheldering van strafbare feiten. Het is een schakel in het systeem van strafvordering, die zowel rechtsbeschermende als normerende facetten in zich heeft. In hoofdstuk 1 is reeds geconstateerd dat de overheid een centrale rol vervult in de opsporing. Ook is opgemerkt dat de burger in toenemende mate een inbreng levert in strafzaken. Hoe deze constatering zich tot elkaar verhouden, staat in dit hoofdstuk centraal. Daartoe wordt inzichtelijk gemaakt welke verantwoordelijkheden de overheid in de opsporing heeft en onder welke voorwaarden burgers kunnen bijdragen aan de opsporing. Daarmee wordt het fundament voor het verdere onderzoek gelegd.

De deelvragen *‘Wat moet juridisch onder de term ‘opsporing’ worden verstaan?’* en *‘Wat zijn de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de opsporing?’* worden in dit hoofdstuk beantwoord. Daartoe wordt in §2 belicht hoe tot en met de middeleeuwen tegen de opsporing werd aangekeken. In grote lijnen wordt hierin het denken over de invulling en het belang van opsporing besproken. Vervolgens wordt in §3 de recente geschiedenis verkend. Welke invulling heeft de wetgever de afgelopen decennia aan de opsporing gegeven en welke gevolgen heeft dit voor de rol van de burger in de opsporing gehad? Dit historische kader dient als opmaat voor de juridische verkenning van het opsporingsbegrip. Er wordt aandacht besteed aan de rol die de opsporing in het Wetboek van Strafvordering en in enkele bijzondere wetten inneemt. In §4 wordt de term opsporing nader verkend. De nadruk ligt daarbij op de plaats van de opsporing in ons strafvorderlijk systeem. Ook wordt de verhouding tussen de overheid en de burger in de opsporing belicht. In de afsluitende paragraaf wordt gereflecteerd op de bevindingen van dit hoofdstuk. Hierin zullen de primaire verantwoordelijkheden van de overheid in de opsporing worden besproken.

2. Een kleine geschiedenis van de opsporing

2.1 De eerste vormen van opsporing

In de kern kan de opkomst van ons hedendaagse strafrecht teruggebracht worden tot een transitie van de macht van de burger naar die van de overheid.⁶⁵ Die overgang van de macht omvat zowel het recht om te straffen als de procedure om tot die straf te komen. Dit thema heeft vele wetenschappers geïnspireerd om met theorieën te komen om de genoemde ontwikkeling te duiden.⁶⁶ Strafrechtshistorici leggen hierbij een nadruk op de late middeleeuwen. Die tijd biedt een context voor de veranderende rol van de burger in het strafrecht. Een tijdvak waarin – zo zal blijken – zich in de opsporing een tegengestelde ontwikkeling voordeed ten overstaan van de ontwikkeling die in ons huidig tijdsgewricht waarneembaar is. Om deze veranderingen te duiden is het aangewezen om terug te gaan naar de eerste gecodificeerde vormen van ‘opsporing’.⁶⁷

Vóór de opkomst van centrale Staten was de zorg voor veiligheid een private aangelegenheid. Naar huidige maatstaven was de overheidsbemoeienis bij de strafvordering marginaal. Een inkijk in deze periode biedt de uit de 19^e eeuw voor Christus stammende *Codex Hammurabi*. Particulieren werden in deze wet verantwoordelijk gehouden voor de waarheidsvinding. Zij moesten zelf met getuigen komen om hun aanklacht te onderbouwen.⁶⁸ Voor de betrouwbaarheid van de ‘opsporing’ gold een ‘oog om oog, tand om tand’ principe. Een klager werd ter dood veroordeeld indien hij de schuld van de verdachte niet kon bewijzen.⁶⁹ De betrouwbaarheid van de ‘opsporing’ werd via primitieve manieren getest. In geval van een verdenking van hekserij was het al dan niet verdrinken in een rivier gelijkgesteld aan waarheidsvinding: indien de verdachte verdronk werd hij schuldig bevonden.⁷⁰ Via dergelijke procedures werd getracht om conflicterende verklaringen te voorkomen. Ook in latere perioden voerden

⁶⁵ Vgl. Von Bar 1916, p. 5, die wijst op ‘wraak’ en de onderwerping aan gezag als belangrijke bakens voor de ontwikkeling van ons hedendaagse strafrecht.

⁶⁶ Zo verklaren rechtsfilosofen het strafmonopolie van de overheid aan de hand van een sociaal contract. Hobbes stelt zich bijvoorbeeld de vraag in wat voor toestand we terecht zouden komen als er geen Staat en geen wetten zouden zijn. Dit zou leiden tot een oorlog van allen tegen allen. Om dit te voorkomen leggen wij de macht in handen van de overheid. Zie Hobbes 1651. De cultuursocioloog Elias duidt het beschavingsproces als een pijler van ons geciviliseerde strafrecht. Beschaving is daarbij een aspect van (zelf)disciplineren, waarin geweld wordt vervangen door geciviliseerde acties. De gepacificeerde *court societies* leidden er in de 16^e en 17^e eeuw toe dat centrale autoriteiten het gezag kregen, waardoor vrede en veiligheid in het maatschappelijk bestaan een plaats kreeg. Zie Elias 1969.

⁶⁷ De term ‘opsporing’ verwijst in deze paragraaf naar onderzoeksactiviteiten door burgers in het tijdvak dat dit nog niet onder het domein van de overheid viel. De aanhalingstekens onderscheiden deze term van de latere invulling van de opsporing als (exclusieve) overheidstaak.

⁶⁸ Zie art. 9-11 *Codex Hammurabi* (vertaling Harper 1904, p. 13 en 15).

⁶⁹ Zie art. 1 *Codex Hammurabi* (vertaling Harper 1904, p. 11).

⁷⁰ Zie art. 2 *Codex Hammurabi* (vertaling Harper 1904, p. 11).

gewoonterecht en private afdoening nog de boventoon. In de begintijd van de Romeinse Republiek had de *pater familias* een centrale rol in het onderzoeken en berechten van strafbare feiten, hoewel onduidelijk is of publiekrechtelijke acties hierdoor waren uitgesloten.⁷¹ Gedurende de bloei van het Romeinse Rijk werden de procedures meer geformaliseerd. Zo kwam er voor elke *crimen* een gerecht.⁷² Berechting had daarbij een accusatoir karakter. Burgers stonden tegenover elkaar voor een lijdelijke rechter. Het was aan partijen om hun gelijk te bewijzen. In dit systeem bleef het onderzoek naar strafbare feiten in private handen. Zo ontbrak een openbaar aanklager in het Romeinse recht.⁷³ Bij zwaardere misdrijven werd het private karakter van 'opsporing' echter verlaten en nam de overheid de opsporingstaak over. Zo waren er *duumviri perduellionis*. Deze magistraten waren belast met het vervolgen van hoogverraad. Eveneens bestonden er (reeds in de Twaalf Tafelen genoemd) *Quaestores parricidii*,⁷⁴ die als publieke taak hadden om moordenaars op te sporen.⁷⁵ Hun rol was echter beperkt. Enkel indien er mogelijk sprake was van *parricidium* (= voorbedachten rade) kreeg deze persoon een taak in het onderzoek naar dit strafbare feit.⁷⁶ Kenmerkend voor deze publiekrechtelijke inmenging was dat private vergelding werd onderdrukt.⁷⁷ De onderdrukking van vergelding speelde later een wezenlijke rol bij de totstandkoming van het overheidsmonopolie op de opsporing, maar in de periode van het Romeinse Rijk bleef de hoofdregel dat het onderzoek naar strafbare feiten primair een private aangelegenheid was.

⁷¹ Kunkel 1962, p. 43 stelt 'daß das gesamte Strafrecht und Strafverfahren der Zwölftafelzeit [...] auf dem Prinzip der privaten Vergeltung und privaten Rechtsverfolgung beruhte'. Mommsen 1899, p. 16-27 spreekt over 'Die Hauszucht', welke volgens hem geen eigen jurisdictie vormde. Met andere woorden, het strafrecht in huiselijke kring sloot niet uit dat de Staat ook mocht opsporen en vervolgen. Ook Von Bar 1916, p. 23 stelt dat het aan de magistraat was om tevens een publiekrechtelijke actie in te stellen en het *iudicium domesticum* publiekrechtelijke acties dus niet uitsloot. Zie nader Nótári 2011, m.n. p. 30 en 31.

⁷² Robinson 1995, p. 2

⁷³ Robinson 2007, p. 34-36. Vgl. Kunkel 1974 over private moordprocessen in de vroeg Romeinse tijd.

⁷⁴ Kunkel 1962, p. 37-45.

⁷⁵ Hunter 1903, p. 56 en Von Bar 1916, p. 11 en 12. Het verschil tussen de *duumviri perduellionis* en de *Quaestores parricidii* is dat de laatstgenoemde permanent een dergelijke functie had, terwijl de eerstgenoemde alleen in bepaalde gevallen werd benoemd. De *Quaestores parricidii* hadden eveneens een rechtsprekende taak, maar waren tevens betrokken bij de vervolging en bij de executie van het vonnis. Opmerking verdient dat de precieze invulling van de *duumviri perduellionis* en de *Quaestores parricidii* veel bediscussieerd is.

⁷⁶ Mommsen 1889, p. 643 en 644 en Latte 1936, p. 25.

⁷⁷ Von Bar 1916, p. 11.

2.2 Opsporing in de middeleeuwen

De eerste zichtbare sporen van het moderne publieke strafrecht zijn te vinden in de Frankische periode (500-1000 na Christus). In dit tijdperk wisten een aantal Frankische koningen macht en invloed uit te oefenen over verschillende Germaanse stammen.⁷⁸ In ruil voor steun en raad, legden de zogeheten ‘vrijen’ – de vrije boeren met veelal eigen grond – een eed van trouw af. Deze vrijen (de *principes*) en de koningen waren verantwoordelijk voor de rechtshandhaving. Door onder meer het optekenen van recht werd gepoogd de macht van de koning te consolideren en de eenheid te versterken.⁷⁹ Door deze ontwikkelingen ontstond ruimte voor een accusatoir proces. Het werd mogelijk om een conflict tussen stammen voor te leggen aan een zogeheten ‘vierschaar’, een rechtbank, waarin een vertegenwoordiger van de koning als voorzitter functioneerde. Hildebrandt ziet deze ontwikkeling als een ‘teken van het ontstaan van overheidsgezag’.⁸⁰ Het recht werd gesproken in naam van de koning en niet namens de gemeenschap. Met dit proces werd getracht – zoals de Romeinen reeds hadden getracht – schikkingen uit te bannen.⁸¹ Onderzoek en bestraffing vonden namelijk veelal plaats binnen gemeenschappen. De daar geldende gewoontes waren de grondslag voor het handelen van de actoren in het strafproces. Dergelijke processen kregen soms letterlijk de vorm van een rechtsstrijd. Het accusatoire proces bood daarvoor een alternatief. Wel tekent Hildebrandt hierbij aan dat het karakter van het accusatoire proces in de kern een voortzetting van de strijd tussen personen inhoudt. Dit bemoeilijkte de totstandkoming van het centrale gezag.⁸² Illustratief is de tot het einde van de middeleeuwen bestaande mogelijkheid om zoengeld te betalen als schikking tussen particulieren.⁸³ Dit middel tot herstel van de rechtsverhouding bood een alternatief voor het stroeve, formele strafproces.⁸⁴ Strafprocessen duurden vaak lang en boden weinig waarborgen. Een schikking bood een uitweg voor deze procedure.

Het accusatoire proces kenmerkte zich door irrationaliteit.⁸⁵ Die irrationaliteit bleek uit het denken over de opsporing van strafbare feiten. Door het volgen van bepaalde procedures – zoals vuurproeven – werd getracht de waarheid aan het licht te brengen. De ratio hierachter was dat partijen zelf het beste konden verklaren over wat er zich

⁷⁸ Hildebrandt 2002, p. 198.

⁷⁹ Hildebrandt 2002, p. 201.

⁸⁰ Hildebrandt 2002, p. 218.

⁸¹ Martinage 2002, p. 18.

⁸² Hildebrandt 2002, p. 218.

⁸³ Frederiks 1918, p. 311-340 en Martinage 2002, p. 19.

⁸⁴ Frederiks 1918, p. 315.

⁸⁵ Van de Vrugt 1982, p. 4-7. Hildebrandt 2002, p. 206 merkt op dat in feite de meest rationele oplossing werd gekozen indien de partijen er niet uitkwamen; het lot besliste.

had afgespeeld.⁸⁶ Bovendien werd gedacht dat via dergelijke proeven de natuurkracht of de wil van God duidelijk werd. Het opsporingsonderzoek werd zodoende grotendeels verengd tot het volgen van bepaalde procedures die de formele waarheid naar voren moesten brengen. Het belang van opsporing ten behoeve van de materiële waarheidsvinding verdween hierdoor naar de achtergrond. Enkel de overtuiging van het volk werd van belang geacht; de formele waarheidsvinding was daarentegen leidend voor de rechter.⁸⁷

Na het uiteenvallen van het Frankische Rijk ontwikkelden zich verschillende parallelle rechtsorden.⁸⁸ Dit had zijn weerslag op het denken over opsporing en bestrafing. Op het Europese continent deed de feodaliteit haar intrede. In dit leenstelsel, waarvan de wortels in het Frankische tijdperk lagen, kreeg het strafrecht vorm in de verhouding tussen de koning en de leenheer en tussen de leenheer en zijn vazallen.⁸⁹ Het onderzoek naar strafbare feiten was daarbij in private handen; van publiek gezag was geen sprake. De machtigen hadden het centrale gezag over strafvorderlijk optreden.⁹⁰ De zogeheten horigen, veelal boeren, moesten zich daarentegen onderwerpen aan het gezag van de hofheren.⁹¹ Om zich te onttrekken aan hun heer, trokken zij naar de opkomende steden. Steden werden in de loop van de middeleeuwen steeds machtiger en zij probeerden zich te ontdoen van feodale banden. Verkrijging van stadsrechten zorgde daarbij voor meer autonomie. Binnen de stadsmuren gold gelijkheid tussen burgers. Door het wegvallen van het feodale stelsel moest de zorg voor de veiligheid opnieuw worden ingevuld. De zogenaamde 'schuttersgilden' speelden hierin een belangrijke rol. Deze schutterijen bestonden uit (gegoede) burgers die een taak hadden ter handhaving van 'de orde, rust en de veiligheid'.⁹² Hierbij werd een beroep gedaan op de solidariteit van de burgers voor elkaar. Burgerschap bracht plichten met zich. Zodoende werd het onderzoek naar strafbare feiten mede in handen gelegd van burgers, als een maatschappelijk, gedeeld belang.

⁸⁶ Van de Vrugt 1982, p. 5. De verklaring van de verdachte kon eventueel ondersteund worden door zogenaamde 'eedgehulpers'. Deze personen, meestal bloedverwanten, zwoeren dat de verdachte de waarheid sprak. Deze rol is daarmee wezenlijk anders dan getuigen zoals wij die in ons hedendaagse strafproces kennen. Een eedgehulper bevestigt enkel de stelling van de verdachte, terwijl een getuige naar waarheid verklaart over hetgeen hij waargenomen of ondervonden heeft.

⁸⁷ Zie ook Van Heijnsbergen 1925, p. 230.

⁸⁸ Zie nader Berman 1983 en Hildebrandt 2002, p. 147-315. In het bijzonder kan de door Berman geduide 'Pauselijke Revolutie' worden genoemd. Deze revolutie vervulde een belangrijke rol bij de ontwikkeling van de eerste moderne Staten. Het concept van soevereiniteit en onafhankelijke wetgevende macht werd hierdoor gevormd. Zie nader Berman 1983, p. 113-115 en Hildebrandt 2002, p. 236-254.

⁸⁹ Hildebrandt 2002, p. 224.

⁹⁰ Martinage 2002, p. 19.

⁹¹ Hildebrandt 2002, p. 226.

⁹² Knevel 1994, p. 45.

Tijdens de middeleeuwen kreeg de centrale overheid het strafmonopolie steeds meer in handen. Door middel van wrede straffen werden burgers in het gareel gehouden. Op die manier werd getracht te garanderen dat burgers in vrede en veiligheid konden samenleven. Het alleenrecht van de overheid om geweld te mogen aanwenden speelde hierbij een belangrijke rol. Hiermee kon de overheid de orde en veiligheid binnen haar territorium garanderen. Zonder dit geweldsmonopolie kon een Staat niet functioneren.⁹³ Weber stelt in dit kader: 'Staat ist diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes [...] das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht'.⁹⁴ De rol van de Staat in het veiligheidsdomein kon hierdoor worden verzekerd. Door een proces van rationalisatie verdwenen klassieke vormen van opsporing, zoals godsoordelen, naar de achtergrond. Het belang van materiële waarheidsvinding nam daardoor toe. Als pendant van het accusatoire proces kwam het op het kerkelijke recht geschoeide inquisitoire proces steeds meer op de voorgrond te staan.⁹⁵ Daarmee transformeerde de strafrechtspleging van een private naar een publiekrechtelijke aangelegenheid. De rol van de klager in het accusatoire strafproces geeft een goede typering van deze overgang. Daarin is namelijk het begin van door de overheid gestuurde opsporing te vinden. Meestal nam het slachtoffer, of een aanverwant van het slachtoffer, de rol van klager op zich. In bepaalde gevallen was er niemand beschikbaar om de rol van klager op zich te nemen, bijvoorbeeld indien iemand uit vrees voor geweld niet als klager wilde optreden. Om het strafproces niet te frustreren, werden burgers '*als lid der maatschappij*' opgeroepen om deze functie te vervullen.⁹⁶ Van den Bergh stelt hierover: 'Om echter de haat der beklaagden van de beschuldigers af te wenden, en de aanklagten onpartijdig, zeker en juist te maken, werden er [...] overal bepaalde personen uit de ingezetenen verkozen, die dergelijke misdrijven moesten opsporen en [...] aangeven'.⁹⁷ Om wraak van beklaagden te voorkomen en omwille van het waarborgen van de kwaliteit van het onderzoek naar strafbare feiten, werd de opsporing in handen van burgers gelegd. Deze vorm van vervolging, waar een private aanklacht ontbreekt, wordt de 'stille waarheid' (of gemeene waarheid) genoemd.⁹⁸ Veel rechtswaarborgen

⁹³ Rose 1976, p. 249: 'if a state does not maintain its territorial integrity and enforce its laws, then it ceases to be a state'.

⁹⁴ Weber 1987, p. 8.

⁹⁵ Coppens 1991, m.n. p. 38. Naast de invloed van het kerkelijke recht wijst hij op de receptie van het Romeinse recht die waarschijnlijk een wezenlijke rol heeft gespeeld bij het ontstaan van de inquisitoire procedure.

⁹⁶ Van den Bergh 1842, p. 50.

⁹⁷ Van den Bergh 1842, p. 50.

⁹⁸ Drenth 1939, p. 187 en 188. Drenth spreekt in dit kader van een 'ontaarding' van de in de Frankische Tijd bestaande 'Rügeverfahren'. De vertegenwoordiger van de koning gebood de inwoners van een regio een gerecht op te richten, waar de hen bekende misdaden konden worden berecht. Zie nader Hildebrandt 2002, p. 208.

bracht dit onderzoek niet mee; bekentenissen werden veelal verkregen uit geheime ondervragingen en de bron van de verdenking waren veelal onbetrouwbare, 'stille verklikkers'.⁹⁹ De voornoemde waarheid kreeg een plek in het gerechtelijk onderzoek. Op de zogenaamde 'jaargedingen' (jaarlijkse vergaderingen), die uitgeroepen werden door de landvorsten, werd de stille waarheid naar voren gebracht. Burgers waren gehouden daar de hun bekende misdrijven en overtredingen bekend te maken. Zodoende zette de overheid de van het accusatoire proces afgeleide 'stille waarheid' in om invloed uit te oefenen op het onderzoek naar strafbare feiten. Dit levert een voorbeeld van het 'ingrijpen der overheid in crimineele zaken teneinde de *materieele* waarheid aan den dag te brengen'.¹⁰⁰

De overheid nam daarmee een steeds prominentere rol in het strafproces in.¹⁰¹ Vervolging en daarmee ook de opsporing werden een staatstaak.¹⁰² Van Heijnsbergen stelt hierover in zijn oratie: 'De groote waarde van het nieuwe proces lag [...] in de vervolgingen en onderzoek van overheidswege. Onafhankelijk van het goedvinden van den benadeelde en zijn klacht den misdadiger te vervolgen, onafhankelijk van het toeval, of de klager aan de eischen van een formeele bewijslevering kon voldoen, de waarheid op te sporen, [...] dat waren dwingende plichten, die men bij het dieper gaand inzicht in het wezen der misdadigheid, in de taak van den Staat tegenover de misdadigers hoe langer hoe sterker gevoelde.'¹⁰³ Het veranderende denken over de opsporing leidde ertoe dat het lokale karakter van het strafrecht, dat in de middeleeuwen nog overheerste, in de 15^e en 16^e eeuw geleidelijk naar de achtergrond verdween. Politie en justitie kregen in de 16^e eeuw een volledige opsporingsbevoegdheid.¹⁰⁴ Zoals eerder is benadrukt, betekende het nieuwe denken over opsporing niet per definitie een vooruitgang voor de verdachte. Foltering en marteling werden veelvuldig toegepast om tot bekentenissen te komen.¹⁰⁵ Desondanks bood de overheidstaak tot opsporing – in ieder geval op papier – waarborgen die niet gegarandeerd konden worden in privaat onderzoek, zoals meer uniformiteit en minder willekeur.

De codificatiebeweging in loop van de 18^e en 19^e eeuw versterkte de positie van de Staat in het strafproces.¹⁰⁶ In Nederland bestond het geschreven recht tot die tijd goeddeels uit een mengeling van onder meer plakaten, ordonnanties, keuren en wetgeving uit de Bataafse Tijd.¹⁰⁷ Het inquisitoire proces was inmiddels staande

⁹⁹ Ackersdijck 1829, p. 10 en De Vries Feyens 1917, p. 432.

¹⁰⁰ Drenth 1939, p. 191.

¹⁰¹ Zie nader Hildebrandt 2002, p. 221-315.

¹⁰² Zie ook Van de Vrugt 1982, p. 7-12.

¹⁰³ Van Heijnsbergen 1927, p. 6.

¹⁰⁴ Van Heijnsbergen 1925, p. 251 en 252.

¹⁰⁵ Van Heijnsbergen 1927, p. 8 en 9.

¹⁰⁶ Martinage 2002, p. 67-104.

¹⁰⁷ Moorman van Kappen 2006, p. 201.

praktijk, maar een solide juridische basis ontbrak nog.¹⁰⁸ Pas onder het Franse bewind kwam de eerder nagestreefde uniformiteit in het straf- en strafprocesrecht tot stand.¹⁰⁹ Door deze – en de voorgaande – ontwikkelingen is de verantwoordelijkheid voor veiligheid naar de overheid verschoven. De overheid verkreeg een monopolie op de waarheidsvinding. Het was daarbij van belang dat er een balans gezocht werd tussen enerzijds waarheidsvinding en anderzijds het beschermen van de rechten van de burgers, zoals het voorkomen van het straffen van onschuldigen.¹¹⁰ De overgang van het vervolgingsrecht van het privaat- naar het publiekrecht had daarom een sterk transactioneel karakter. De overheid trok veel macht naar zich toe, maar daar stonden ook waarborgen tegenover. Dit was noodzakelijk, omdat daarmee de onderwerping aan het overheidsgezag gegarandeerd kon worden. In het kader van het geweldsmonopolie merkt Van Reenen bijvoorbeeld op dat burgers (‘machtssubjecten’) bereid moeten zijn om zich van geweld te onthouden.¹¹¹ Om deze gehoorzaamheid te garanderen, moet de overheid haar taken voldoende vervullen. Anders wordt afbreuk gedaan aan de meerwaarde van de centrale rol van de overheid in de veiligheid en kan de ondergeschiktheid van de machtsuitoefening onder druk komen te staan.¹¹² Voor de opsporing bracht het legaliteitsbeginsel bijvoorbeeld zekerheid over de manier waarop de overheid haar opsporingsbevoegdheid invulde. Met dergelijke waarborgen kan worden verzekerd dat burgers het recht van de overheid om op te sporen erkennen.

De voorgaande ontwikkeling, die er in resulteerde dat de overheid de opsporing in handen kreeg, stond niet op zichzelf. In een breder verband veranderde, door verschillende factoren, de opvatting over de taken van de Staat. De opsporing viel onder de verantwoordelijkheid van de Staat ‘die, als een goede nachtwacht, de burger behoedt tegen alle ontij’.¹¹³ De taak van de overheid lag tot de 19^e eeuw hoofdzakelijk in het waarborgen van veiligheid, waarbij afzijdigheid van andere taken geboden was.¹¹⁴ In de 19^e eeuw werd de – tot dan toe zo dominante – *laissez faire* politiek verlaten en trok de overheid steeds meer taken naar zich toe. De overheid transformeerde van een afzijdige ‘nachtwaker’ naar een alom aanwezige overheid. Veel tot kort daarvoor als privaat aangemerkte taken, zoals de zorg voor armen, kwamen in handen van de overheid terecht. Deze ontwikkeling beantwoordde aan de verwachtingen van de maatschappij, die van de Staat steeds meer verwachtte dat deze de kwaliteit van hun

¹⁰⁸ Van Heijnsbergen 1925, p. 251.

¹⁰⁹ Zie nader Moorman van Kappen 2006 over het materiële strafrecht en Minkenhof/Reijntjes 2009, p. 5-14 over het formele strafrecht.

¹¹⁰ Vgl. Cleiren 2008, p. 275.

¹¹¹ Van Reenen 1979, p. 17.

¹¹² Vgl. Van Reenen 1979, p. 17.

¹¹³ Ponsaers & Snacken 2002, p. 97.

¹¹⁴ Blom 2014, p. 390 en 391 en Van Deursen 2014, p. 206.

leven zou borgen.¹¹⁵ In de loop van de 19^e en 20^e eeuw werden de staatstaken steeds breder getrokken, met name om de gelijkheid tussen burgers onderling te verstevigen. Dit leidde tot de verzorgingsstaat die Nederland heden ten dage is.¹¹⁶ Op dit abstracte niveau bekeken kan thans een tegengestelde ontwikkeling worden gesignaleerd. Daar waar de overheid de afgelopen eeuwen steeds meer taken naar zich toe heeft getrokken, lijkt zij in het kader van de opsporing die taak juist weer deels terug te geven. Om die stelling te onderbouwen wordt in de volgende paragraaf ingegaan op de ontwikkelingen in de opsporing in de 20^e en 21^e eeuw.

3. Een recente geschiedenis van de opsporing

3.1 Een wijziging in beleid

Het omslagpunt in het denken over opsporing als overheidstaak valt terug te voeren op ontwikkelingen in de naoorlogse jaren. In de decennia na de Tweede Wereldoorlog was Nederland in opbouw. Het was een tijd van grote veranderingen. In de jaren '50 en '60 waren zowel in de maatschappij – de ontzuiling doorbrak de verticaal gesegmenteerde samenleving – als in de economie – Nederland maakte een forse economische groei door – grote veranderingen merkbaar. Die ontwikkelingen hadden hun weerslag op de ontwikkeling van en het denken over criminaliteit. In de jaren '70 nam de criminaliteit sterk toe. Die stijging viel (gedeeltelijk) terug te voeren op de naoorlogse ontwikkelingen. Zo zette de ontzuiling de maatschappelijke sociale controle onder druk. De controle van burgers onderling verminderde, waardoor de kans op crimineel gedrag toenam.¹¹⁷ De toegenomen criminaliteit liet haar sporen na in de samenleving.¹¹⁸ Met name de kleine criminaliteit werd als een groot probleem beschouwd. Om dit probleem aan te pakken stelde het kabinet-Lubbers een 'commissie kleine criminaliteit' in. Deze commissie kreeg uiteindelijk vorm in de Commissie-Roethof (hierna: de Commissie). Zij kreeg als taak om de minister van Justitie en andere betrokken ministers 'van advies te dienen over mogelijke verbeteringen bij de voorkoming en bestrijding van kleine criminaliteit'.¹¹⁹ Deze Commissie heeft een stempel gedrukt op het denken over veiligheid. In haar interim-rapport schetst zij het beeld van een maatschappij waarin de sociale verbanden vervaagd zijn. Bovendien ziet de maatschappij de zorg voor veiligheid vooral als een staatstaak en niet als een eigen, particuliere verantwoordelijkheid.¹²⁰ Die

¹¹⁵ Te Velde 2013, p. 192 en Blom 2014, p. 421.

¹¹⁶ Zie nader Heerma van Voss 2000.

¹¹⁷ Commissie kleine criminaliteit 1984, p. 29 en 30 en *Kamerstukken II* 1990/91, 21 829, nr. 2, p. 4-8.

¹¹⁸ *Handelingen II* 1972/73, 41, p. 1571.

¹¹⁹ Commissie kleine criminaliteit 1984, p. 5.

¹²⁰ Commissie kleine criminaliteit 1984, p. 40.

gedachtegang wilde de Commissie door middel van enkele aanbevelingen doorbreken. In de kern kwamen de aanbevelingen neer op een sterkere nadruk op preventie. Van groter belang voor dit onderzoek was dat er tevens een sterk accent gelegd werd op de verantwoordelijkheden van de maatschappij. De burger kreeg taken toebedeeld in het waarborgen van veiligheid. Enkele van deze taken werden korte tijd voor de publicatie van het interim-rapport van de Commissie-Roethof reeds ingevuld.

Als reactie op de toegenomen criminaliteit in Amsterdam hadden enkele burgers de handen ineengeslagen en burgerwachten gevormd. Ter voorkoming van inbraak en vandalisme patrouilleerden zij overdag en 's nachts door de straten van de hoofdstad. Dit initiatief lokte een politieke discussie uit over de wenselijkheid van dergelijke particuliere initiatieven. Tweede Kamerlid Stoffelen stelde: 'Het is allereerst een verantwoordelijkheid van de burgers om op hun eigen eigendommen te letten, die te bewaken, en zich niet in onnodig gevaarlijke situaties te begeven'.¹²¹ Toch moet deze verantwoordelijkheid in zijn ogen niet te ruim worden ingevuld. Volgens hem mogen burgers enkel de aan hun wettelijk toegestane bevoegdheden uitvoeren (zoals de bevoegdheid om in geval van ontdekking op heterdaad een verdachte aan te houden¹²²), maar wordt met straatsurveillance deze grens overschreden. Toenmalig minister van Justitie Korthals Altes keurde dergelijke initiatieven af, omdat zij volgens hem in strijd waren met de wet. Artikel 1 van de Wet op de Weerkorpsen verbood namelijk iedere organisatie van particulieren welke gericht is op taken van de politie.¹²³ Interessant is dat deze discussie minister-president Lubbers bracht tot een korte beschouwing over burgers en overheid. Hij stelde: 'Wij beginnen mijns inziens een goed inzicht te krijgen in de verdeling van de verantwoordelijkheid tussen de overheid en de burgers. In ieder geval mag de samenleving het vraagstuk van de veiligheid niet uitsluitend op de overheid afwentelen. Dat is duidelijk. Ook mogen de verantwoordelijkheden van de overheid niet eigenmachtig door de burgers genomen worden. Dit zijn mijns inziens de grenspalen, waartussen wij aan de slag moeten gaan.'¹²⁴

Dit raamwerk lijkt de Commissie-Roethof eveneens te volgen. Zo staat de Commissie afwijzend tegenover een al te actieve burger. De overheid moet de burger niet

¹²¹ *Handelingen II* 1984/85, 26, p. 6.

¹²² Art. 53 lid 1 Sv. Zie nader hfd. 3 §2.

¹²³ Wet van 11 september 1936, *Stb.* 1936, 206, vervangen door de Wet van 24 oktober 1997, *Stb.* 1997, 500 (Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus). Er is een korte discussie geweest over de toepasselijkheid van art. 1 Wet op de Weerkorpsen op de Amsterdamse initiatieven. De vraag rees of het verbod niet enkel betrekking had op preventieve politietaken en niet op justitiële politietaken, waaronder de burgerwachten mogelijk te scharen vielen. Deze vraag werd door de minister van Justitie, verwijzend naar de wetsgeschiedenis, ontkennend beantwoord. Overigens stelde de minister dat niet alle vormen van burgerwachten verboden zijn. Buurtpreventie kan bijvoorbeeld onder omstandigheden wel toegestaan zijn. Zie *Kamerstukken I* 1984/85, 18 600-VI, nr. 123, p. 6 en *Kamerstukken I* 1984/85, 18 600-VI, nr. 123a, p. 12.

¹²⁴ *Handelingen I* 1984/85, 8, p. 176.

aansporen om in waargenomen criminaliteit te interveniëren. Het risico op escalatie is te groot. Om die reden vindt de Commissie – in navolging van de minister van Justitie – patrouillerende burgerwachten onwenselijk.¹²⁵ Wel zijn er andere ideeën om burgers meer in de opsporing te betrekken. Zo zouden samenwerkingsprojecten tussen politie en wijkbewoners de aangiftebereidheid van burgers kunnen doen toenemen. Om de balans tussen burger en overheid te waarborgen zou de regie over de samenwerking bij de politie moeten liggen.¹²⁶

Mede geïnspireerd door de bevindingen van de Commissie-Roethof, kwam de regering in 1985 met het beleidsplan ‘Samenleving en criminaliteit’.¹²⁷ Dit beleidsstuk kenmerkte zich door een sterke nadruk op preventie en responsabilisering. In beide thema’s werd een vernieuwende nadruk gelegd op de rol van burgers. ‘De handhaving van normen,’ zo stelde de regering, ‘kan en mag evenwel geen exclusieve taak van de strafrechtspleging zijn. Normhandhaving is een opgave waarvoor de maatschappij in al haar geledingen staat.’¹²⁸ Zodoende stond de regering een beleid voor ogen, waarin het handhavingstekort van de politie tot een gedeeld maatschappelijk probleem werd gemaakt. De boodschap was duidelijk: het streven naar een veiligere samenleving kan niet alleen op de overheid worden afgeschoven.¹²⁹ Het beleid van de regering tot meer betrokkenheid van burgers in het veiligheidsvraagstuk stond niet op zichzelf. Ook in het buitenland was eenzelfde geluid te horen. Zo wijst Garland op de ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, waarin de boodschap van de Staat was dat ‘the state alone is not, and cannot be, responsible for preventing and controlling crime’.¹³⁰ In Nederland werd de grotere betrokkenheid van de maatschappij in de normhandhaving breed getrokken. Ook burgers die normaliter niet in de strafrechtspleging betrokken waren kregen daarin een rol. Zij kunnen volgens het beleidsplan namelijk een nuttige bijdrage leveren aan preventie, maar ook aan het voorkomen dat niet-conformerende de norm wordt.¹³¹

In dit beleidsstuk werd de kiem gelegd voor een veranderend denken over de opsporing. Doordat de maatschappij een ‘belangrijke verantwoordelijkheid bij het tegengaan van kleine criminaliteit’ werd toegedicht, werd het veiligheidsmonopolie verbreed van een publieke naar een publiek-private taak.¹³² Het is van belang om op

¹²⁵ Commissie kleine criminaliteit 1984, p. 41.

¹²⁶ Commissie kleine criminaliteit 1984, p. 42.

¹²⁷ *Kamerstukken II* 1984/85, 18 995, nr. 2. Tevens vormde de motie-Nijpels (*Kamerstukken II* 1984/85, 18 600, nr. 36) een belangrijke aanzet voor dit beleidsstuk, waarin het kabinet werd opgeroepen om met een beleidsplan te komen voor de handhaving van de rechtsorde.

¹²⁸ *Kamerstukken II* 1984/85, 18 995, nr. 2, p. 15.

¹²⁹ Vgl. Blom 2014, p. 422 en 423 over de rol van het bedrijfsleven en van vakbewegingen om de doelstellingen van sociaaleconomisch beleid in de naoorlogse jaren te bereiken.

¹³⁰ Garland 2001, p. 126.

¹³¹ *Kamerstukken II* 1984/85, 18 995, nr. 2, p. 36.

¹³² *Kamerstukken II* 1984/85, 18 995, nr. 2, p. 86.

te merken dat in het beleidsplan ‘Samenleving en criminaliteit’ het bij abstracte noties over ‘veiligheid’ bleef. De opsporing van strafbare feiten werd niet expliciet genoemd als taak waarin de burger een bijdrage kon leveren. De nadruk lag vooral op vormen van (particuliere) bewaking en de handhaving van normen. Het beleidsstuk prikkelde politici en burgers om te reflecteren op de taak van burgers in de veiligheid. Begrippen zoals ‘sociale zelfredzaamheid’ kwamen op om burgers te wijzen op hun verantwoordelijkheden om bij te dragen aan de veiligheid.¹³³ Toch sijpelde de gedachte van eigen verantwoordelijkheid ook door in het domein van particulier onderzoek. Met name de markt voor particuliere recherche nam vanaf de jaren '80 een grote vlucht. Hoogenboom verklaart dit door de afgezwakte sociale controle tussen burgers onderling. Die gebrekkige controle, welke er volgens de overheid (mede) toe leidde dat de kleine criminaliteit opkwam, kon worden ondervangen door het verstevigen van het functionele toezicht, zoals particuliere bewakers dat konden bieden.¹³⁴ Daaraan kan worden toegevoegd dat, wanneer de veiligheid onder de verantwoordelijkheid van goed burgerschap wordt geschaard, het niet verwonderlijk is dat die ontwikkeling zich heeft vertaald in de opsporing. De hierna te bespreken ontwikkelingen in de jaren '90 van de vorige eeuw en het begin van de 21^e eeuw sluiten daarbij aan.

3.2 Regeringsbeleid na ‘Samenleving en criminaliteit’

Na 1985 zette de lijn van een grotere betrokkenheid van burgers in de strafrechtspleging zich voort. Mede aangespoord door de oproep in het eindrapport van de Commissie-Roethof ‘aan alle betrokken sectoren van de Nederlandse samenleving om het hunne bij te dragen aan de aanpak van de kleine criminaliteit’, werd de rol van de burger steeds breder getrokken.¹³⁵ Daar waar het beleidsplan ‘Samenleving en criminaliteit’ nog sterk inzette op een rol voor de burgers in preventie, zag de politiek ook steeds meer mogelijkheden om burgers op andere vlakken in te zetten. Zo valt in het Beleidsplan ‘Recht in Beweging’ uit 1990 te lezen: ‘ook bij de activiteiten van de politie, [...] zal participatie door particulieren en particuliere organisaties worden bevorderd’.¹³⁶ Een van die activiteiten omvat de opsporing. Volgens de overheid kon de burger ook daaraan een bijdrage leveren. Deze gedachte heeft bijvoorbeeld vorm gekregen door de Wet melding ongebruikelijke transacties.¹³⁷ Deze wet verplichtte financiële dienstverleners

¹³³ Commissie Sociale Zelfredzaamheid 1990.

¹³⁴ Hoogenboom 1995, m.n. p. 94-96.

¹³⁵ Commissie kleine criminaliteit 1986, p. 61.

¹³⁶ *Kamerstukken II 1990/91*, 21 829, nr. 2, p. 37.

¹³⁷ Wet van 16 december 1993, *Stb.* 1993, 705, vervangen door de Wet van 15 juli 2008, *Stb.* 2008, 303 (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme). Zie Diepenmaat 2016, p. 246-248 over de informatieverstrekking door private partijen in het kader van de Wwft.

om ongebruikelijke transacties te melden.¹³⁸ Hoewel de achtergrond van deze wet niet gelegen was in het (zichtbaarder) betrekken van derden bij de strafvordering, leidde de gedwongen medewerking van dienstverleners aan de opsporing daar feitelijk wel toe.¹³⁹ Daarnaast zette de overheid in op meer informatie-uitwisseling tussen haar en het bedrijfsleven. Ook van de individuele burger werd meer activiteit verwacht. Zo streefde het kabinet naar een hogere aangiftebereidheid om daarmee de opsporing te vergemakkelijken.¹⁴⁰ In bepaalde gevallen werd de aangifte zelfs beloond. Slachtoffers van mensenhandel kunnen bijvoorbeeld onder voorwaarden een tijdelijke verblijfsvergunning krijgen, indien zij aangifte doen tegen de mensenhandelaar.¹⁴¹

Al deze ontwikkelingen bleken een opmaat naar een vaste rol van de burger in de opsporing van strafbare feiten. De omslag in het denken over burgers en opsporing vond plaats in het begin van de 21^e eeuw. Vanaf 2000 heeft de overheid de burgers steeds actiever betrokken in de opsporing. Die omslag is niet per definitie terug te voeren op een nog verder ontwikkeld 'Samenleving en criminaliteit'-denken van responsabilisering, maar veel meer op een benutting van nieuwe technologische mogelijkheden.¹⁴² De gedeelde verantwoordelijkheid voor veiligheid en opsporing kon daardoor gemakkelijker in de praktijk worden gebracht. De overheid had al goede ervaringen met het sinds 1975 bestaande televisieprogramma 'Opsporing Verzocht'.¹⁴³ Daarnaast maakte de technologische vooruitgang het eenvoudiger om te communiceren met burgers.¹⁴⁴ Het in 2004 geïntroduceerde project 'Burgernet' heeft de communicatiemogelijkheden met de burger bijvoorbeeld aanzienlijk verruimd. Deelnemers worden via een (veelal telefonisch) alarmeringssysteem geïnformeerd over misdaden in hun omgeving. De perceptie van overlast en onveiligheid kan hiermee worden beïnvloed en tegelijkertijd kan de veiligheidssituatie van burgers worden verbeterd.¹⁴⁵ Timans en Koops spreken in dat kader van een 'tweeweg-communicatie' die de 'eenweg-communicatie' tussen burger en politie heeft vervangen.¹⁴⁶ De burger is

¹³⁸ *Kamerstukken II 1992/93*, 23 009, nr. 3, p. 5.

¹³⁹ De achtergrond van de wet is het handhaven van de integriteit van het financiële stelsel. Zie *Kamerstukken II 1992/93*, nr. 3, p. 2.

¹⁴⁰ Zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26 604, nr. 1, p. 24 en 25.

¹⁴¹ Zie de 'regeling inzake tijdelijk verblijf' in hfd. B8, par. 3 Vreemdelingencirculaire 2000 (*Stcrt.* 2001, 72).

¹⁴² In de literatuur zijn ook andere verklaringen gegeven voor de stijging van publiek-private samenwerking in de opsporing. Shearing & Stenning 1983 wijzen op de toegenomen private woon- en winkelgebieden, welke de vraag deden rijzen of de politie ook voor die gebieden verantwoordelijk is. Hoogenboom & Muller 2002, p. 19 wijzen op de mindere bereidheid van 'mondige burgers' om risico's te lopen, waardoor de behoefte aan meer private inbreng toeneemt.

¹⁴³ Van Erp, Van Gastel & Webbink 2012 schatten dat een uitzending in *Opsporing Verzocht* het oplossingspercentage verhoogt van 25% naar 40%.

¹⁴⁴ Zie bijv. Hoog Antink 2012 over het gebruik van *social media* door de politie om informatie te verkrijgen over strafbare feiten.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II 2007/08*, 28 684, nr. 119, p. 10.

¹⁴⁶ Timan & Koops 2014, p. 285.

niet langer een ‘passief subject’ in het veiligheidsdomein, maar levert door het filmen en delen van beelden met de politie ook zelf een bijdrage aan de veiligheid. Hoewel Timans en Koops deze observatie gebruiken als argument voor de toegenomen controle van burgers op het handelen van de politie, geldt dit principe ook voor de opsporing. Het filmen en delen van video’s is inmiddels gemeengoed geworden, waardoor de politie relatief eenvoudig de vruchten kan plukken van het handelen van derden. Aan het gebruik van deze informatie ligt de legitieme verwachting ten grondslag dat een betere betrokkenheid van burgers bij de opsporing effectief is bij het verhogen van de ophelderingspercentages.¹⁴⁷ Daarmee kan een bijdrage geleverd worden aan verminderen van de thans nog steeds bestaande handhavingstekorten.¹⁴⁸

3.3 Ter afsluiting

In de voorgaande paragrafen is de ontwikkeling van de geschiedenis van de opsporing in grote lijnen geschetst. In een notendop laat de verantwoordelijkheid voor de opsporing zich duiden van een zuiver private aangelegenheid (de vroeg Romeinse tijd) naar een publiek taak (in de middeleeuwen), welke zich weer ontwikkelde tot een publiek-private aangelegenheid (in de afgelopen decennia). Duidelijk is geworden dat het van alle tijden is dat burgers bijdragen aan de opsporing van strafbare feiten. In bepaalde tijden was de opsporing dan wel van ondergeschikt belang (zoals in de vroege middeleeuwen), maar de burger heeft altijd in meer of mindere mate een aandeel gehad in de opsporing. De afgelopen decennia is die rol van de burger echter steeds meer naar de voorgrond verschoven. In 1985 heeft de overheid een proces ingezet van ‘responsabilisering’, waardoor de zorg voor veiligheid – en in navolging daarvan ook de opsporing – een gedeelde, maatschappelijke verantwoordelijkheid werd. De ontwikkelingen daarna kunnen als een wezenlijke systeembreuk met het verleden worden getypeerd. De overheid zette meer en meer in op publiek-private samenwerking. Buruma spreekt zelfs van ‘het verlies van het monopolie’ van de overheid welke ‘in de sfeer van toezicht en opsporing [...] is doorbroken’.¹⁴⁹ Het is vervolgens de vraag hoe deze ontwikkelingen doorklinken in de invulling die het Wetboek van Strafvordering geeft aan de opsporing.

¹⁴⁷ Zie ook Van Baardewijk & Hoogenboom 2011, p. 110.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 173, nr. 2 en Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 28 684, nr. 331, p. 4.

¹⁴⁹ Buruma 2003, p. 190 en 191.

4. De opsporing

Tot nu toe is er in zeer algemene bewoordingen gesproken over ‘de opsporing’. In het inleidende hoofdstuk is reeds kort stilgestaan bij de wettelijke definitie van de opsporing en in de voorgaande paragrafen is de ontwikkeling van het denken over opsporing in hoofdlijnen besproken. Nu de opsporing een centraal thema is in dit boek en bovendien de invulling van dit begrip licht schijnt op de invulling van de verantwoordelijkheden van de overheid, is het van belang om een duidelijkere afbakening van dit begrip te geven. Houvast hierbij bieden de bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering die gericht zijn op de opsporing. In het navolgende wordt onderzocht hoe deze bepalingen invulling geven aan verschillende facetten van de opsporing. Daarbij wordt stilgestaan bij het doel, het belang, de plaats en de inhoud van het opsporingsbegrip. Aan de hand hiervan wordt in de afsluitende subparagraaf inzichtelijk gemaakt welke ruimte bestaat om burgers in de opsporing te betrekken.

4.1 Het doel van de opsporing

Naar algemeen wordt aangenomen is het primaire doel van de opsporing gelegen in de waarheidsvinding.¹⁵⁰ Zo werd in de Tweede Kamer gesproken over de ‘opsporing der waarheid’.¹⁵¹ Van Bemmelen is daarbij iets concreter. Hij stelt dat door de opsporing de feiten rondom een (vermeend) strafbaar feit naar boven moeten komen.¹⁵² Blok en Besier hebben eveneens een toelichting op het begrip opsporing gegeven. Hierbij ‘wordt door zoeken en tasten nog slechts gestreefd naar een voorlopig antwoord op de vragen, of een strafbaar feit heeft plaats gehad en, zoo ja, wie het heeft begaan en onder welke omstandigheden’.¹⁵³ Corstens spreekt over de ‘opheldering’ van (vermoedelijke) strafbare feiten.¹⁵⁴ Daarmee staat in al deze beschrijvingen de opsporing volledig in het teken van één van de centrale doelen van het strafrecht, namelijk de waarheidsvinding.¹⁵⁵ Dit doel kan als een afgeleide worden beschouwd van de breed gedragen hoofddoelstelling van het formele strafrecht, zijnde de juiste toepassing van het materiële strafrecht.¹⁵⁶ Zonder de vaststelling van hetgeen zich heeft afgespeeld, kunnen de normen uit het materiële strafrecht immers niet op een juiste wijze worden

¹⁵⁰ Zie voor andere doelen *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 7.

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 57.

¹⁵² Van Bemmelen 1940, p. 169.

¹⁵³ Blok & Besier I 1925, p. 414.

¹⁵⁴ Corstens 1995, p. 237. Aldus ook Naeyé 1990, p. 1 en Jörg & Kelk 1998, p. 219.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 67: ‘het doel van het strafproces is het zoo dicht mogelijk naderen tot de materiele waarheid’.

¹⁵⁶ Zie nader Crijns & Van der Meij 2005, p. 51.

toegepast.¹⁵⁷ De opsporing is dan ook een noodzakelijk middel om recht te doen aan het materiële strafrecht en vervult daarmee een cruciale rol in het strafvorderlijke stelsel.¹⁵⁸

4.2 Het belang van de opsporing

De rol van de opsporing in het strafproces is terug te voeren op artikel 1 Sv: ‘Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.’ In het Muilkorfarrest stelde de Hoge Raad vast dat hiermee de strafvervolgning in ruime zin wordt bedoeld, waardoor opsporing ook onder strafvordering geschaard moet worden.¹⁵⁹ De opsporing markeert daarmee het startpunt van strafvordering ingevolge artikel 1 Sv en vormt zodoende de ingang tot de bevoegdheden zoals die zijn verwoord in het Wetboek van Strafvordering.¹⁶⁰ Uitgangspunt hierbij is dat opsporingsbevoegdheden een wettelijke grondslag dienen te hebben, omdat deze handelingen ‘bij de wet voorzien’ moeten zijn. Hieruit volgt het rechtsbeschermende karakter dat in het begrip ‘opsporing’ besloten ligt. Pas als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, kunnen opsporingsbevoegdheden – die vaak een inbreuk maken op de privacy van de verdachte – worden ingezet. Zo vereist het doorzoeken van een woning door een (hulp)officier van justitie in beginsel een machtiging van de rechter-commissaris.¹⁶¹ Ter controle van de opsporingshandelingen geldt een verbaliseringsplicht.¹⁶² Borgers wijst er dan ook op dat het startpunt van de opsporing ‘het strafvorderlijke stelsel van normen en waarborgen’ in gang zet, waaronder het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel, de regeling omtrent opsporingsbevoegdheden en rechtsbescherming zijn te scharen.¹⁶³

4.3 De plaats van de opsporing

Met de beschrijving van het doelen het belang van de opsporing zijn de contouren van het opsporingsbegrip aangegeven. Over die aspecten lijkt er in de literatuur eensgezindheid te bestaan. De plaats van de opsporing in het Wetboek van Strafvordering leverde daarentegen meer discussie op. Artikel 132 Sv bepaalt dat het opsporingsonderzoek (en daarmee ook de opsporing) deel uitmaakt van het voorbereidend onderzoek. Het

¹⁵⁷ Crijns 2010, p. 112.

¹⁵⁸ Cleiren 2001, p. 16 duidt de waarheidsvinding als een ‘min of meer [...] ‘ultiem doel’ van het strafproces’.

¹⁵⁹ HR 12 april 1897, *Wbl.* 6954.

¹⁶⁰ Aldus ook Reijntjes 1989, p. 3 en 4 en Corstens & Borgers 2014, p. 281.

¹⁶¹ Zie bijv. art. 97 Sv.

¹⁶² Zie art. 152 Sv.

¹⁶³ Borgers 2009, p. 60.

voorbereidend onderzoek vormt de eerste (en in bepaalde gevallen enige¹⁶⁴) schakel in het strafproces. Indien dit onderzoek tot een behandeling ter terechtzitting leidt, wordt het domein van het eindonderzoek betreden.¹⁶⁵ Dit onderscheid volgt uit het Wetboek van Strafvordering. Zo wordt in Titel I van het Tweede Boek het opsporingsonderzoek (een deel van het voorbereidend onderzoek) en in Titel VI-VII van ditzelfde Boek het onderzoek ter terechtzitting (een deel van het eindonderzoek) genormeerd.

Met het wegvallen van het Gerechtelijk Vooronderzoek (hierna: het GVO) per 1 januari 2013 omvat het voorbereidend onderzoek voornamelijk de opsporing van strafbare feiten.¹⁶⁶ Tevens kunnen de onderzoekshandelingen van de rechter-commissaris worden aangemerkt als een aparte fase in het voorbereidend onderzoek, maar van een eigen, zelfstandig onderzoekskader van de rechter-commissaris is geen sprake meer. De nadruk ligt thans vooral op de toezichthoudende bevoegdheid van de rechter-commissaris in het opsporingsonderzoek.¹⁶⁷ Daarmee is niet gezegd dat de rechter-commissaris zijn zelfstandige positie in de beginfase van het strafproces geheel verloren is. Op vordering van de officier van justitie (artikel 181 lid 1 Sv), van de verdachte (artikel 182 lid 1 Sv) of ambtshalve (artikel 182 lid 7 Sv) kan de rechter-commissaris onderzoekshandelingen uitvoeren. De minister van Veiligheid en Justitie lijkt te suggereren dat de taken van de rechter-commissaris vallen onder het opsporingsonderzoek,¹⁶⁸ maar gegeven het in artikel 132a Sv neergelegde gezagsvereiste van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek kan hier geen sprake van zijn.¹⁶⁹ Door de hiervoor genoemde wetswijziging heeft het opsporingsonderzoek een dominantere positie in het voorbereidend onderzoek gekregen en daarmee ook in het strafproces als zodanig.¹⁷⁰ Overigens is deze wijziging van de positie van de rechter-commissaris voornamelijk een codificatie van ontwikkelingen in de praktijk. De afgelopen decennia was het belang van het GVO al sterk naar de achtergrond verdwenen. De rol van de officier van justitie nam daarentegen toe. Die ontwikkeling was ingezet door de Commissie-Van Traa, die een 'crisis in de opsporing' vaststelde. Zowel de wetgever als de rechters gaven

¹⁶⁴ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien het opsporingsonderzoek tot niets leidt, indien de zaak geseponeerd wordt (art. 167 lid 2 Sv), het Openbaar Ministerie de verdachte een transactie aanbiedt (art. 74 Sr), of – welke op termijn de transactie volledig zal vervangen – het Openbaar Ministerie een strafbeschikking uitvaardigt (art. 257a Sv).

¹⁶⁵ Art. 167 en 242 Sv bieden een schakel naar het rechtsgeding, zoals geregeld in art. 268-398 Sv.

¹⁶⁶ Wet Versterking positie RC van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 600. Het Strafrechtelijk Financieel Onderzoek (art 126-126f Sv) kan getypeerd worden als een ander type onderzoek dat onder art. 132 Sv valt.

¹⁶⁷ Zie art. 170 lid 2 Sv. Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 177, nr. 3, p. 2: 'De rechter-commissaris opereert niet meer primair als onderzoeksrechter, maar als "rechter in het vooronderzoek".'

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 177, nr. 6, p. 5 en 6.

¹⁶⁹ Aldus ook Borgers 2013a, p. 223.

¹⁷⁰ Vgl. HR 20 december 1926, *NJ* 1926, p. 85 (De Audit-arrest), waardoor er een sterke nadruk kwam te liggen op het voorbereidend onderzoek.

te veel opsporingsruimte aan politie en justitie.¹⁷¹ Daarnaast schoot het gezag van het Openbaar Ministerie over de politie tekort. Om de positie van het Openbaar Ministerie te versterken, werd bewust gekozen voor een leidende rol van de officier van justitie in het voorbereidend onderzoek. Hierdoor nam de opsporing aan belang toe.

Voor de plaatsbepaling van het opsporingsonderzoek in ons strafvorderlijk systeem is artikel 132 Sv van cruciaal belang. Indien artikel 132 Sv eng wordt geïnterpreteerd, strekt het opsporingsonderzoek zich uit tot aan het onderzoek ter terechtzitting. Immers, het voorbereidend onderzoek (en daarmee de opsporing) gaat *vooraf* aan het onderzoek ter terechtzitting. In die zin zou het uitroepen van de zaak het einde van het opsporingsonderzoek betekenen (tenzij het opsporingsonderzoek uiteraard niet tot een behandeling ter terechtzitting leidt).¹⁷² Die stelling behoeft enige nuance. De wet sluit niet uit dat na afloop van het voorbereidend onderzoek nog opsporingshandelingen worden uitgevoerd (het zogenaamde ‘parallelle opsporingsonderzoek’¹⁷³). De artikelen 167 en 242 Sv, waarin de beslissing tot vervolging is geregeld, sluiten dit niet uit. Weliswaar typeert de Staatscommissie-Ort de (regeling van de) beslissing omtrent vervolging als de ‘overgang van het stadium der opsporing tot dat der vervolging’ welke ‘scherp het onderscheid tusschen deze twee phases van het geding [doet, EM] uitkomen’, maar de wettelijke regeling lijkt zich niet te verzetten tegen de voortzetting van opsporingshandelingen tijdens en zelfs ná het onderzoek ter terechtzitting.¹⁷⁴ In beide vervolgingsbepalingen wordt enkel gesproken over het overgaan tot vervolging, maar nergens wordt de suggestie gewekt dat dit het einde van de opsporing betekent. Deze lezing komt in de rechtspraak ook tot uitdrukking.¹⁷⁵ Eveneens kunnen na afloop van het rechtsgeding opsporingshandelingen worden uitgevoerd. Vrijspraak kan er in resulteren dat het opsporingsonderzoek weer wordt opgepakt. Daarnaast maakt de herziening ten nadele het doen van opsporingshandelingen na afloop van

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 413-415.

¹⁷² Zie art. 270 Sv. Zie art. 148c Sv voor de regeling omtrent opsporingshandelingen bij zaken die aanhangig zijn in hoger beroep.

¹⁷³ De term ‘parallelle opsporing’ werd ook gebezigd bij het verrichten van opsporingshandelingen door of namens de officier van justitie gedurende het (niet meer bestaande) GVO. In dit boek wordt evenwel bedoeld op opsporingshandelingen gedurende het onderzoek ter terechtzitting.

¹⁷⁴ Lindenberg 2002, p. 463.

¹⁷⁵ Zie in dit kader HR 5 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8345, *NJ* 1990/719 m.nt. Schalken. Het hof had onder meer overwogen: ‘Met betrekking tot dit laatste [de wijze waarop verklaringen waren verkregen, EM] heeft de procureur-generaal aangevoerd dat de zelfstandige opsporingsbevoegdheid van de officier van justitie voortduurt niet alleen na (eventuele) opening van een gerechtelijk vooronderzoek maar tevens gedurende de gehele (verdere) loop van het strafproces. Ook dit argument is juist, maar het laat onverlet dat de wijze waarop de officier van justitie in een concrete zaak gebruik maakt van deze bevoegdheid vatbaar is voor toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk strafprocesrecht en aan art. 6 EVRM.’ De uitleg die het hof vervolgens (met name) gaf aan hetgeen deze beginselen en art. 6 EVRM kunnen meebrengen getuigde volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting. Vgl. HR 25 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1887, *NJ* 1994/143 m.nt. Schalken en HR 22 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1901, *NJ* 1994/498 m.nt. Corstens.

een strafzaak (als een voortzetting van het eerder gedane opsporingsonderzoek) in bepaalde gevallen mogelijk. Onderzoek naar een novum in het kader van herziening ten voordele (artikel 457 e.v. Sv) kan geen opsporing heten, nu dit onderzoek blijkens artikel 463 jo. 461 lid 1 jo. 457 lid 1 sub c Sv onder leiding van de procureur-generaal van de Hoge Raad plaatsvindt. Aan het nog nader te bespreken gezagsvereiste van artikel 132a Sv wordt daardoor niet voldaan.

De mogelijkheid tot ‘parallel opsporingsonderzoek’ neemt niet weg dat als uitgangspunt dient te gelden dat opsporingshandelingen enkel voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting moeten plaatsvinden. Enige terughoudendheid is namelijk geboden. Het is zeer wel denkbaar dat opsporingsonderzoek ten tijde van het rechtsgeding het verdedigingsbelang schaadt. Zo zal het reageren op nieuw vergaarde informatie moeilijker zijn, dan het reageren op informatie die al enige tijd voorafgaand aan de terechtzitting bekend was. Naar algemeen wordt aangenomen is het niet toegestaan voor de officier van justitie om zonder medeweten van de zittingsrechter het opsporingsonderzoek voort te zetten.¹⁷⁶ Het (gematigde) accusatoire karakter van het onderzoek ter terechtzitting verhoudt zich namelijk moeilijk met opsporingshandelingen in het verborgene.¹⁷⁷ Bovendien heeft het parallelle opsporingsonderzoek strafvorderlijke consequenties. Artikel 359a Sv biedt de rechter de bevoegdheid om strafvorderlijke consequenties te verbinden aan vormverzuimen. Dit artikel ziet enkel – zo vermeldt de wettekst – op het *voorbereidend onderzoek*. Nu de parallelle opsporing plaatsvindt gedurende het eindonderzoek, vallen vormverzuimen in dat stadium van het strafproces buiten de reikwijdte van artikel 359a Sv. Dit artikel biedt in dergelijke gevallen dus geen soelaas.¹⁷⁸ Dit lijkt ook de lijn die de Hoge Raad aanhoudt.¹⁷⁹ De Rechtbank Amsterdam oordeelde in 2013 echter anders. Zij stelde dat opsporingshandelingen tijdens het onderzoek ter terechtzitting materieel gezien gelijkgesteld kunnen worden opsporingshandelingen in het voorbereidend onderzoek en daarom op gelijke wijze getoetst kan worden aan artikel 359a Sv.¹⁸⁰ Daaraan kan het argument worden toegevoegd dat de voortzetting van opsporingshandelingen tijdens het onderzoek ter terechtzitting berust op een ruime interpretatie van de term ‘voorbereidend onderzoek’, waardoor een ruimere invulling van dit begrip in het kader van artikel 359a Sv zeer wel te verdedigen valt. Evenwel is duidelijk dat de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in tegenspraak is met de lijn van de Hoge Raad, waarin vormverzuimen in de opsporing na afloop van het voorbereidend onderzoek

¹⁷⁶ Zie Corstens & Borgers 2014, p. 236 en de conclusie van A-G Meijers voorafgaand aan HR 5 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8345, nr. 26, *NJ* 1990/719 m.nt. Schalken.

¹⁷⁷ Vgl. Pompe 1959, m.n. p. 145.

¹⁷⁸ Aldus ook Baaijens-Van Geloven 2004, p. 347. Kritisch hierover Janssen 2013, p. 227-230.

¹⁷⁹ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma. Zie tevens de noot van Bleichrodt, nr. 6 bij HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1642, *NJ* 2013/85.

¹⁸⁰ Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9841.

enkel getoetst kunnen worden aan artikel 6 EVRM of aan beginselen van behoorlijk procesrecht. Die weg is echter minder uitgekristalliseerd dan de jurisprudentie van artikel 359a Sv.¹⁸¹ Ook daarom dient als uitgangspunt te gelden dat opsporingsonderzoek plaats moet vinden in het voorbereidend onderzoek.

4.4 De inhoud van de opsporing

4.4.1 De reikwijdte van de opsporing

In de memorie van toelichting op het wetboek van 1838 en in de toelichting op ons huidige Wetboek uit 1926 wordt geen toelichting gegeven op het begrip opsporing. Pas in 2000, toen de term 'opsporing' in het Wetboek van Strafvordering werd gedefinieerd, kwam er meer duidelijkheid. Tegen de achtergrond van het belang van de opsporing voor de strafvordering en het gebrek aan houvast dat de wetgever bood, is het begrijpelijk dat er – in ieder geval tot 2000 – veel discussie bestond over het opsporingsbegrip. De verschillende termen die in dit kader gebezigd werden, maakten het er ook niet duidelijker op: reactief optreden, proactief optreden, vroegsporing, nasporing, controle, om maar enkele begrippen te noemen. Om tot een heldere invulling van het opsporingsbegrip te komen, verdienen deze termen een nadere verkenning. Een ingang daarvoor is te vinden in een oudere druk van het handboek van Corstens. Hij verstaat onder opsporing 'alle – buiten het door rechters verrichtte – onderzoek [...] dat geschiedt ter opheldering van een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit en ter voorbereiding van een ter zake daarvan eventueel op te leggen sanctie'.¹⁸² In deze definitie zit een belangrijk element van het opsporingsbegrip verscholen. Corstens spreekt over een *vermoedelijk* gepleegd strafbaar feit. Anders gezegd, er is pas sprake van opsporing als er een vermoeden bestaat dat er een strafbaar feit is gepleegd. In de literatuur wordt dit vermoeden vaak gekoppeld aan het verdenkingscriterium uit het eerste lid van artikel 27 Sv. Daarin wordt gesproken over 'een redelijk vermoeden van schuld aan eenig strafbaar feit'. Dit verdenkingsvereiste als ingang voor de opsporing wordt ook wel het 'klassieke opsporingsbegrip' (of opsporing in enge zin) genoemd.¹⁸³ Deze klassieke invulling van het opsporingsbegrip veronderstelt een passieve houding van de politie; zij moet eerst bekend worden met een mogelijk strafbaar feit alvorens zij tot actie kan overgaan. Opsporing heeft daardoor in deze benadering een sterk reactief

¹⁸¹ Zie nader hfd. 5.

¹⁸² Corstens 1995, p. 237. Overigens blijkt uit andere delen van zijn boek dat hij een ruimer opsporingsbegrip voor ogen heeft, dan uit dit citaat kan worden afgeleid. Zo schaaft hij tevens het proactief speuren van de politie naar mogelijke strafbare feiten onder 'opsporing'.

¹⁸³ De term 'klassiek' verwijst naar de oorsprong van dit strafvorderlijke begrip. De opstellers van het Wetboek van Strafvordering richtten zich namelijk vooral op het vermoeden van de opsporingsambtenaar als start voor het opsporen van strafbare feiten en bovendien vereiste het wettelijke systeem toentertijd voor bijna alle bevoegdheden een verdenking. Zie nader Borgers 2009, p. 33.

karakter. Een tip, een ontdekking op heterdaad of de aangifte van een strafbaar feit is daarbij in de regel de ingang voor de opsporing in enge zin.¹⁸⁴

Met een smalle definitie van de opsporing worden vele handelingen buiten het opsporingsbegrip gehouden. Indien opsporing pas aanvangt bij het vermoeden van een strafbaar feit, vallen handelingen in de fase voorafgaand aan dit vermoeden dus buiten de reikwijdte van de opsporing. Dit heeft consequenties voor de wettelijke normering van handelingen die buiten het klassieke opsporingsbegrip vallen. Het hiervoor behandelde Muilkorfarrest bepaalde immers dat opsporing moet zijn voorzien bij wet. Maar wat betekent dit voor de handelingen die niet het label opsporing dragen? Is daarvoor geen wettelijke grondslag nodig? Deze vraag wordt in het navolgende verkend.

In de literatuur worden twee categorieën onderscheiden die buiten het klassieke opsporingsbegrip vallen: de controle (of toezicht) en het proactief politieoptreden. De eerste categorie ziet op de controle op de naleving van de wet.¹⁸⁵ Deze controlebevoegdheden zijn met name in bijzondere wetten genormeerd. Aler noemt het voorbeeld van een opsporingsambtenaar die op grond van (thans) artikel 160 WvW 1994 de mogelijkheid heeft om de naleving op de Wegenverkeerswet te controleren.¹⁸⁶ Op basis van deze grondslag kan van een bestuurder gevorderd worden dat hij zijn rijbewijs laat zien. Deze vorm van repressief toezicht ligt als het ware in het voorportaal van de opsporing. Er is geen sprake van enig vermoeden van een strafbaar feit, waardoor het handelen van deze opsporingsambtenaar niet onder de opsporing geschaard kan worden. Hij kan tijdens de controle echter wel een (vermeend) strafbaar feit waarnemen en overgaan tot opsporing. Hierbij gaat de controle (waarvoor geen vermoeden vereist is) dus over in opsporing. Het vermoeden van een strafbaar feit ligt in dat geval niet aan de opsporing ten grondslag.

Sommige auteurs zetten vraagtekens bij het klassieke onderscheid tussen controle en opsporing. Volgens Knigge is de scheidslijn tussen controle en opsporing vaak moeilijk te trekken. Op welk punt slaat een 'gezonde argwaan' tijdens een controle over in het vermoeden dat er sprake is van een strafbaar feit? Deze fasen lopen vaak vloeiend in elkaar over.¹⁸⁷ Ook in het onderzoeksproject Strafvordering 2001 zijn kritische geluiden te horen over het onderscheid. Daarin wordt het onderscheid tussen controle

¹⁸⁴ Vgl. Fijnaut 1971, p. 61: 'Van meet af aan richt de opsporing zich op een groep van personen [...] op wie vanuit de justitiële politie een methodische verdenking rust'.

¹⁸⁵ Naast dit repressieve toezicht bestaat er ook het administratieve toezicht, welke zich richt op de toepassing van de wet. Zie nader Aler 1982, p. 5-7.

¹⁸⁶ Aler 1982, p. 4.

¹⁸⁷ Knigge 2001, p. 20. Zie ook Franssen 1993.

en opsporing getypeerd als een ‘rammelend bouwwerk’, welke een ‘overtuigende grondslag’ ontbeert.¹⁸⁸

Het voorgaande laat zien dat controle en opsporing weliswaar te onderscheiden, maar niet altijd te scheiden begrippen zijn. De controle- en de opsporingsbevoegdheid vallen soms samen. Tekenend hiervoor is artikel 23 WED. Deze bepaling heeft het karakter van een controlebevoegdheid, aangezien daarin opsporingsambtenaren ter naleving van de Wet op de economische delicten de bevoegdheid krijgen om vervoermiddelen te controleren. In hetzelfde artikel komt echter de zinsnede ‘in het belang van de opsporing’ voor. De controle (waarvoor geen verdenking vereist is) wordt hier in één adem genoemd met de opsporing (waarvoor wel een verdenking vereist is). Betekent dit nu dat vanwege het opsporingselement een redelijk vermoeden van een strafbaar feit vereist is om deze controlebevoegdheid toe te passen? De Hoge Raad oordeelde op wetshistorische gronden dat een vermoeden niet vereist is om deze controlebevoegdheid (en daarmee ook een vorm van opsporing) uit te oefenen.¹⁸⁹ Zodoende ontstonden er twee verschillende opsporingsbegrippen. Voor het Wetboek van Strafvordering gold een eng opsporingsbegrip: een redelijk vermoeden was vereist.¹⁹⁰ In bepaalde bijzondere wetten was dit criterium daarentegen geen vereiste meer om van opsporing te spreken, daar de opsporing gelijk werd getrokken met de controle.¹⁹¹ Het is om die reden verklaarbaar dat Knigge en Kwakman in het onderzoeksrapport Strafvordering 2001 uitvoerig hebben betoogd dat het onderscheid tussen controle en de opsporing in enge zin op zijn minst genomen onduidelijk en inconsistent is.¹⁹²

Desondanks heeft de wetgever sinds het einde van de jaren '60 van de vorige eeuw juist ingezet op een sterker onderscheid tussen controle en opsporing.¹⁹³ De normering van de opsporing en het toezicht is daarbij in verschillende wetten neergelegd. Het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften wordt gereguleerd door de Algemene wet bestuursrecht.¹⁹⁴ De opsporing valt daar niet onder. De keuze van de wetgever om, ondanks de bezwaren uit de literatuur, vast te houden aan het gemaakte onderscheid, vloeit onder meer voort uit het karakter van opsporing en controle. De opsporing is gericht op strafvorderlijk optreden, terwijl toezicht in beginsel een

¹⁸⁸ Knigge & Kwakman 2001, p. 281 en 300.

¹⁸⁹ HR 9 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9268, *NJ* 1993/633 m.nt. Van Veen.

¹⁹⁰ Enige uitzondering vormt art. 552 Sv, waarvoor geen vermoeden van een strafbaar feit vereist is. Mevis 1990, p. 937 stelt echter dat dit een restbepaling betreft en hier geen verdere betekenis achter moet worden gezocht.

¹⁹¹ Een oud voorbeeld vormde art. 75 Jachtwet. Zie HR 30 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8585, *NJ* 1985/275. In 2002 is dit artikel in gewijzigde vorm opgegaan in art. 104 Flora- en Faunawet.

¹⁹² Knigge & Kwakman 2001, p. 280-308.

¹⁹³ Aler 1982, p. 61.

¹⁹⁴ Art. 5:11 Awb.

preventief karakter heeft.¹⁹⁵ Bovendien is in praktische zin het onduidelijke onderscheid niet altijd problematisch. De meeste toezichthouders zijn ook opsporingsambtenaar. Bij een geconstateerde overtreding kan dit type toezichthouder opsporingsbevoegdheden inzetten. Een toezichthouder zonder opsporingsbevoegdheid zal in een dergelijke situatie aangifte moeten doen.¹⁹⁶ Deze aangifte kan de basis vormen voor een strafrechtelijk onderzoek.

Een tweede categorie die buiten het klassieke opsporingsbegrip viel, is het proactief politieoptreden. Hierbij ging het om onderzoek van de politie reeds voordat er een vermoeden bestond dat er een strafbaar feit is gepleegd. Dergelijk onderzoek vond onder meer plaats aan de hand van analyses van misdaadgegevens. De gedachte was dat aan de hand van deze gegevens gericht onderzoek kon worden verricht. De uitvoering hiervan bleek echter tot moeilijkheden te leiden, onder meer omdat niet altijd duidelijk was welke toegevoegde waarde de analyses hadden.¹⁹⁷ Het zogeheten informatiegestuurd politiewerk bood hierop een antwoord. Door meer standaardisering en preciezere analyses van gegevens en informatie kon gericht worden opgespoord. Kop en Klerks noemen het voorbeeld van een serie straatroven, waarbij onderzoek laat zien dat deze overvallen gepleegd worden op een bepaalde weg door jongeren op een scooter.¹⁹⁸ Een opsporingsambtenaar kan vervolgens op de betreffende straat surveilleren en het signalement van de scooterrijders noteren. Bij een aangifte van een straatroof kan een vergelijking worden gemaakt met de genoteerde gegevens. Daarmee zou het informatiegestuurd politiewerk zijn meerwaarde kunnen bewijzen.

Bij proactieve opsporing kan informatie worden achterhaald over bepaalde personen, zonder dat jegens deze personen een redelijk vermoeden van schuld bestaat. Nu in die gevallen een verdenking als bedoeld in artikel 27 Sv ontbreekt, is van opsporing in enge zin geen sprake. Hoewel deze interpretatie niet door iedereen werd gedeeld – Meijers noemde een ruimer bereik van de term opsporing ‘het enige juiste uitgangspunt [...] voor de aanpak van ernstige vormen van georganiseerde criminaliteit’¹⁹⁹ –, schaarde de Hoge Raad in de schaduwarresten het proactief optreden niet onder opsporing. In deze arresten speelde de vraag of een wettelijke grondslag nodig was voor politie-observatie indien er geen sprake was van een vermoeden van een strafbaar feit.²⁰⁰ De Hoge Raad oordeelde dat een vermoeden niet vereist was voor dit proactief optreden.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 135.

¹⁹⁶ Zie hfd. 3 §2 voor de uitzondering van art. 53 Sv.

¹⁹⁷ De Keijser, Weerman & Huisman 2006, p. 66 en 67.

¹⁹⁸ Kop & Klerks 2009, p. 6.

¹⁹⁹ Meijers 1982, p. 40. Zie ook Knigge 1990 en Mevis 1990.

²⁰⁰ Zie HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3774, *NJ* 1988/511 m.nt. Van Veen en HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3770, *NJ* 1987/564. Vgl. HR (concl. A-G Meijers) 14 oktober 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC3770, *NJ* 1987/564, die een ruim opsporingsbegrip voor ogen stond.

Uit dit (en een vergelijkbaar) arrest leidde Mevis af dat het proactief optreden van de politie niet het predicaat opsporing kon dragen.²⁰¹ Hoewel deze interpretatie niet door iedereen werd gedeeld, heeft de Hoge Raad later in expliciete bewoordingen het proactief optreden van de politie als een aparte fase vóór de opsporing bestempeld.²⁰² In het Zwolsman-arrest sprak de Hoge Raad over de fase voorafgaand aan de opsporing waarin nog geen vermoeden bestaat dat er een strafbaar feit is gepleegd.²⁰³ Daarmee werd proactief optreden niet als opsporing geduid. Dit betekende overigens niet dat dergelijk proactief optreden geen grondslag behoefde in de wet. De algemene taakstelling van (toen nog) artikel 2 Polw 1993 kon hiervoor een basis bieden.²⁰⁴ Deze lezing van dit artikel rust op de gedachte dat een dergelijke taakstelling niet enkel de plicht tot het vervullen van een bepaalde taak oplevert, maar ook bevoegdheden schept om die taak naar behoren te vervullen.²⁰⁵ Tegen een dergelijke aanname zijn staatsrechtelijke bezwaren geuit. Zo achten onder meer Holterman en Kortmann het noodzakelijk om taken en bevoegdheden te onderscheiden.²⁰⁶ Met het oog op het belang van de ‘rechtstatelijke waarborging van bevoegdheden’, levert een verwijzing naar een taakstelling een onvoldoende grondslag voor juridisch handelen, aldus Holterman.²⁰⁷ Daarbij kan verwezen worden naar sociale grondrechten. In deze grondrechten zijn publieke taken voor de overheid opgenomen, maar zij roepen geen bevoegdheden in het leven.²⁰⁸ Kortmann wijst er ook op dat taken vatbaar zijn voor onbeperkte uitbreiding en beperking, terwijl bevoegdheden een beperktere reikwijdte hebben. Desondanks onderkent Kortmann dat taken en bevoegdheden nauw met elkaar samenhangen en dat in de jurisprudentie, wetgeving en doctrine niet altijd een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen beide begrippen.²⁰⁹ Deze kritiek kan mogelijk verklaren waarom de Hoge Raad heeft overwogen dat enkel een *beperkte* inbreuk op grondrechten gedekt kan worden door artikel 2 Polw 1993. Daarmee lijkt de Hoge Raad de reikwijdte van artikel 2 Polw 1993 beperkter op te vatten dan uit de schaduwarresten kon worden afgeleid. Leek in de laatstgenoemde arresten de algemene taakstelling van de politie een voldoende grondslag voor dit proactief optreden op te leveren, in het Zwolsman-

²⁰¹ Mevis 1988, m.n. p. 222 en 223.

²⁰² Zie bijv. de kritiek van Cleiren, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. 2000, art. 1 Sv, aant. 10, die een materiële invulling (dit wil zeggen: beoogd op het handhaven van normen die strafbaar zijn gesteld in het materiële recht) van het opsporingsbegrip voor ogen stond. Het schaduwten voldeed volgens haar niet aan dit vereiste en de Hoge Raad schaarde daarom het schaduwten niet onder opsporing. Het formele criterium (het verdenkingsvereiste) speelde volgens haar geen rol.

²⁰³ HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, r.o. 6.2 en 6.4.2, *NJ* 1996/249 m.nt. Schalken. Zie ook HR 13 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1386.

²⁰⁴ Zie voor een arrest gebaseerd op art. 28 Polw 1957: HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3770, *NJ* 1987/564, art. 2 Polw 1993: HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF5603, *NJ* 2009/225 m.nt. Borgers en art. 3 Polw 2012: Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5910.

²⁰⁵ Fokkens & Kirkels-Vrijman 2011, p. 106.

²⁰⁶ Holterman 1995, p. 18 en 19 en Kortmann 2008, p. 36-38.

²⁰⁷ Holterman 1995, p. 18.

²⁰⁸ Kortmann 1987, p. 113 en *Kamerstukken I* 1976/77, 13 873, nr. 55b, p. 27.

²⁰⁹ Zie nader Kortmann 2008, p. 36 en 37.

arrest wordt daarentegen een beperking genoemd in relatie tot de mate van inbreuk op grondrechten. Daarmee houdt de benadering van de Hoge Raad het midden tussen twee uitersten. Enerzijds maakt de Hoge Raad geen strikt onderscheid tussen taak en bevoegdheid. Het uit elkaar houden van beide begrippen zou ertoe leiden dat voor elke bevoegdheid een expliciete wettelijke basis noodzakelijk is. Dat zou tot een logge en inefficiënte opsporingspraktijk leiden. Anderzijds wijst de Hoge Raad ook de interpretatie af dat uit taakstellende artikelen onbeperkt opsporingsbevoegdheden kunnen worden afgeleid. Dit zou de rechtszekerheid niet ten goede komen, omdat dit ertoe zou leiden dat politie en justitie ongeclausuleerd onderzoekshandelingen kunnen verrichten.²¹⁰ Gezien de consequenties van beide alternatieven, is het te verklaren dat de Hoge Raad het midden houdt tussen deze twee uitersten.²¹¹ Geconcludeerd kan dan ook worden dat zolang het handelen van overheidsfunctionarissen binnen een bepaalde wettelijke taak valt, zoals artikel 3 Polw 2012, die bepaling een voldoende grondslag biedt.²¹² Indien opsporingshandelingen een meer dan beperkte inbreuk maken op grondrechten, zal een specifieke wettelijke basis geboden zijn. Dit valt goed te verklaren vanuit de gedachte dat de bevoegdheid van de overheid niet onbeperkt is wanneer het Wetboek van Strafvordering over een dergelijke bevoegdheid zwijgt.²¹³

4.4.2 Het opsporingsbegrip uit 2000

Het voorgaande laat zien dat er veel onduidelijkheid bestond over de reikwijdte en de precieze invulling van het opsporingsbegrip. Noch de jurisprudentie, noch de wetenschap bood een duidelijk kader. Zo creëerde de Hoge Raad enkel meer verwarring door te spreken over een fase voorafgaand aan de opsporing, zonder deze fase duidelijk te normeren. Er bestond dan ook een grote behoefte aan regulering van de opsporing.²¹⁴ In 2000 kreeg het opsporingsbegrip een plek in de wet.²¹⁵ Gekozen werd voor een tweeledig systeem vervat in artikel 132a Sv. De wetsredactie luidde als volgt:

‘Onder het opsporingsonderzoek wordt verstaan het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan of dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in artikel 67, eerste lid, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.’²¹⁶

²¹⁰ Zie nader Knigge & Kwakman 2001, p. 310-328.

²¹¹ Zie voor een kritische bespreking Rozemond 1998, p. 198 en 199.

²¹² Minkenhof/Reijntjes 2009, p. 92.

²¹³ Reijntjes 1980, p. 13.

²¹⁴ Zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 452 en 453 voor de aanbevelingen van de Commissie-Van Traa in dit kader.

²¹⁵ Wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245.

²¹⁶ Zie voor een kritische beschouwing van deze wetsredactie Buruma & Muller 1997. Vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 451.

In deze definitie wordt een tweedeling gemaakt tussen het redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan en de situatie dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd. Voor de eerstgenoemde categorie geldt het klassieke opsporingsbegrip. Om van opsporing te spreken moet er een redelijk vermoeden bestaan dat er een strafbaar feit is gepleegd. Dit is dus conform de interpretatie van het klassieke opsporingsbegrip in het Wetboek van Strafvordering. In geval van georganiseerde misdaad geldt daarentegen een ruimer criterium. Een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven²¹⁷ van een bepaalde ernst worden gepleegd of beraamd, valt met deze redactie onder de opsporing. Dat er daadwerkelijk misdrijven zijn gepleegd is dus niet vereist. Daarmee wordt in dit kader de oorspronkelijke koppeling tussen opsporing en het verdenkingsvereiste van artikel 27 Sv losgelaten. Artikel 132a Sv biedt immers de ruimte om opsporingsbevoegdheden toe te passen in de fase waarin nog geen misdrijven zijn gepleegd, maar deze 'enkel' worden beraamd. Dit ruimere opsporingsbegrip wordt gelegitimeerd door de ernst van dergelijke misdrijven, zodat reeds in de voorfase van dit type misdrijven kan worden ingegrepen. Hoewel deze nieuwe benadering aansluit bij pleidooien in de literatuur voor een ruimer opsporingsbegrip, wijkt zij af van de lijn van de Hoge Raad zoals die uiteen is gezet in het Zwolsman-arrest. Daarin wordt de proactieve fase – oftewel de fase waarin nog niet is voldaan aan het verdenkingsvereiste van artikel 27 Sv – nog als een voorfase van de opsporing gezien. Nu het verdenkingscriterium niet meer in alle gevallen vereist is om van opsporing te spreken, is aan proactieve opsporing een wettelijke grondslag gegeven.

Het hiervoor gepresenteerde opsporingsbegrip heeft slechts korte tijd in de wet gestaan. Al na zeven jaar werd het opsporingsbegrip drastisch herzien. Gelet op dit korte bestaan wordt volstaan met de hiervoor gemaakte algemene opmerkingen.²¹⁸ Niettemin is het opsporingsbegrip uit 2000 het vermelden waard. Nog los van het feit dat voor het eerst het opsporingsbegrip wettelijk gedefinieerd werd, gaf het begrip bovendien richting en houvast aan de opsporingspraktijk. De proactieve fase was niet langer een juridisch niemandsland. Ook deze fase viel in bepaalde gevallen onder de opsporing.

4.4.3 Het huidige opsporingsbegrip uit 2007

Als gevolg van de terroristische dreigingen en de terroristische aanslagen in de Verenigde Staten en Europa, bestond er de politieke behoefte om snel op deze dreigingen te kunnen reageren. Die ruimte probeerde de wetgever te creëren door het mogelijk te maken om in het voorbereidend stadium van terroristische misdrijven

²¹⁷ Let op het meervoud, één misdrijf is onvoldoende. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 403, nr. 7, p. 13.

²¹⁸ Zie nader Borgers 2009, p. 39-47.

in te kunnen grijpen.²¹⁹ Zo werd de reikwijdte van de bepaling omtrent de strafbare voorbereiding verruimd.²²⁰ Opsporingsambtenaren moesten ook de middelen hebben om die voorbereiding te kunnen ontdekken. Hiertoe werden in het nieuwe Titel VB de bijzondere opsporingsbevoegdheden opengesteld voor het optreden tegen terroristische dreigingen. Een bijzonderheid is dat hierin niet meer wordt gesproken over ‘het vermoeden van een strafbaar feit’, maar over de aanwijzing daarvan. Het klassieke verdenkingsvereiste is in de context van terroristische misdrijven dus komen te vervallen. Die verruiming moest echter wel in overeenstemming worden gebracht met artikel 132a Sv, waarin nog het klassieke opsporingsbegrip als uitgangspunt werd genoemd. In plaats van een aanvulling van dit artikel, koos de minister voor een volledig nieuwe definitie van het opsporingsbegrip:

‘Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.’

4.4.3.1 De (nieuwe) voorwaarden van artikel 132a Sv

Met de hernieuwde definitie van opsporing werd een drietal (gedeeltelijk nieuwe) voorwaarden geïntroduceerd waaraan voldaan moest worden om van opsporing te spreken. Ten eerste moet het gaan om een onderzoek in verband met strafbare feiten. Ten tweede moet dit onderzoek onder gezag staan van de officier van justitie. Ten slotte dient het handelen als doel om strafvorderlijke beslissingen te nemen.

4.4.3.1.1 Het onderzoek in verband met strafbare feiten

Het eerste criterium plaatst de opsporing (logischerwijs) binnen de kaders van het strafrecht. Borgers leidt uit dit vereiste af dat ook strafbare feiten waar de politie nog ‘geen concreet zicht’ op heeft onder dit criterium vallen.²²¹ Uit de wetsredactie van artikel 132a Sv lijkt deze strekking niet direct te kunnen worden afgeleid, omdat daarin enkel gesproken wordt over een onderzoek in verband met strafbare feiten en niet over *mogelijke* strafbare feiten. Desondanks biedt het openstellen van opsporingsmethoden in de voorfase van terroristische misdrijven en misdrijven van een bepaalde ernst in georganiseerd verband ruimte voor deze interpretatie van het eerste criterium.

4.4.3.1.2 Onder gezag van de officier van justitie

Het tweede element, dat ziet op het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek, is een herformulering van de wettekst uit 2000. Daarin

²¹⁹ Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 580.

²²⁰ Misdrijven hoeven niet meer in vereniging te zijn begaan om onder de reikwijdte van art. 46 Sr te vallen.

²²¹ Corstens & Borgers 2014, p. 282.

werd gesproken over opsporing onder ‘leiding van de officier van justitie’. In het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* – waarop de huidige wetsredactie overigens sterk is geïnspireerd – wordt benadrukt dat de wetgever hiermee tot uitdrukking wilde brengen dat alle vormen van opsporing onder leiding van het Openbaar Ministerie behoren plaats te vinden.²²² In de praktijk heeft de officier echter niet altijd de leiding. Het ruimere ‘gezag’ dekt daardoor beter de lading.²²³ Uit artikel 148 lid 2 Sv volgt reeds dat de officier van justitie met de opsporing is belast. In zoverre houdt het gezagselement van artikel 132a Sv een bevestiging in van hetgeen reeds in artikel 148 Sv is gesteld: het Openbaar Ministerie heeft het gezag over het opsporingsonderzoek.²²⁴ Dit gezagselement komt op meerdere plaatsen terug in de wet. De officier heeft bijvoorbeeld het gezag over de opsporingsambtenaren van politie,²²⁵ maar tevens over ambtenaren van bijzondere opsporingsdiensten²²⁶ en over buitengewoon opsporingsambtenaren.²²⁷

Sommige auteurs hebben kritiek op het gezagsvereiste. Borgers, in zijn bewerking van het boek van Corstens, noemt dit vereiste verwarrend, omdat eerst vastgesteld moet worden dat er sprake is van opsporing om vast te kunnen stellen of er gezag over is.²²⁸ Wel stelt hij dat het opsporingsbegrip daarmee duidelijker afgebakend wordt. Daarmee nuanceert hij zijn eerdere stelling waarin hij het gezagsvereiste als een ‘overbodig onderdeel van de definitie van artikel 132a Sv’ typeerde.²²⁹ Ook Reijntjes is kritisch. Het toezicht, zo stelt hij, volgt reeds uit artikel 148 Sv. Hij duidt dit vereiste als een onnodige herhaling van zetten.²³⁰ Een andere benadering is evenwel denkbaar. Met de verwijzing naar de rol van de officier van justitie wordt de rechtsbeschermende functie van de officier van justitie benadrukt. Vanuit deze optiek verwoordt het gezagselement het controlemechanisme op opsporingsbevoegdheden. Dit wordt bijvoorbeeld duidelijk in de onterechte veroordeling in de Schiedammer parkmoord. In de nasleep hiervan maakte de minister van Justitie duidelijk dat de officier van justitie leiding geeft aan het opsporingsonderzoek en dat het de officier is die ‘ten

²²² Knigge & Kwakman 2001, p. 288 en 289.

²²³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 3, p. 16 en 17. Vgl. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 101: ‘De beslissende invloed van den officier van justitie openbaart zich in tweeërlei opzicht: de leiding en regeling zelve van de opsporing bij rechtbankzaken en het oefenen van cōntrôle over de opsporing van strafbare feiten.’ In dit Oorspronkelijke Regeringsontwerp lijkt een sterkere nadruk op het feitelijk leiding geven door de officier van justitie door te klinken.

²²⁴ Aldus ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 6 en 7. Vgl. art. 140 Sv, waarin staat dat het College van procureurs-generaal waakt ‘voor de richtige opsporing’ van strafbare feiten.

²²⁵ Art. 3 jo art. 12 Polw 2012.

²²⁶ Art. 3 Wet BOD.

²²⁷ Art. 36 lid 2 BBO. Het gaat hierbij om de hoofdofficier van justitie die een toezichthoudende taak heeft.

²²⁸ Corstens & Borgers 2014, p. 282.

²²⁹ Borgers 2009, p. 56.

²³⁰ Reijntjes 2013, p. 36.

overstaan van de rechter verantwoording aflegt over werkzaamheden waarover hij het gezag had, maar die hij niet zelf feitelijk heeft uitgevoerd'.²³¹ Ook in het rapport 'Versterking opsporing en vervolging' wordt de controlefunctie van de officier van justitie onderstreept. Daarin wordt de nadruk gelegd op de magistratelijke rol van de officier van justitie, waarbij deze zorg draagt voor 'een juist evenwicht tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming'.²³² Bovendien waakt de officier over de kwaliteit van de opsporing, door richting te geven aan het opsporingsonderzoek. Dit element is kenmerkend voor het gezagselement in artikel 132a Sv, maar krijgt in de literatuur weinig aandacht.²³³

4.4.3.1.3 Als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen

Het doel van de opsporing, te weten het nemen van strafvorderlijke beslissingen, vormt het laatste element van artikel 132a Sv. Strafvorderlijke beslissingen zien daarbij niet enkel op de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de opsporing ook kan plaatsvinden 'met het oog op de naar aanleiding van een strafbaar feit op te leggen sancties, maatregelen of voorzieningen'.²³⁴ Daarmee is de definitie niet beperkt tot de vervolgings- en bewijsbeslissing, maar ook tot bijvoorbeeld de inbeslagneming van bepaalde goederen. Het doel van het handelen is leidend geworden om van opsporing te spreken. Dit doelcriterium was reeds te vinden in de wettekst uit 2000 en kan worden teruggeleid tot het onderzoeksproject Strafvordering 2001, waarin reeds was betoogd het doel van het handelen als opsporingscriterium op te nemen.²³⁵ Opsporingsbevoegdheden enkel en alleen gebruiken om de informatiepositie te verbeteren is niet toegestaan. Het doelcriterium biedt ook een duidelijke afbakening met het toezicht. Nu toezicht gericht is op bestuursrechtelijke wetshandhaving, valt dit buiten het opsporingsbegrip.

4.4.3.2 De interpretatie van artikel 132a Sv

Met de codificatie van het opsporingsbegrip werd een breed gekoesterde wens vervuld.²³⁶ Gebleken is dat artikel 132a Sv een nuttige functie heeft in het begrenzen van opsporingsbevoegdheden. Toch laat het betreffende artikel vragen open over de invulling van het opsporingsbegrip. Dat geldt met name voor de betekenis van het verdenkingsvereiste, daar dit aspect, zoals gezegd, geen deel uitmaakt van de huidige

²³¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 32, p. 4.

²³² Bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 32, p. 12.

²³³ Een uitzondering vormt het artikel van Peçi & Sikkema 2008. Vgl. Mevis 2005, p. 456 en 457, waarin de (hoewel niet expliciet benoemde) rechtsbeschermende functie van het gezag van de officier van justitie met enkele kritische kanttekeningen wordt onderschreven.

²³⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 7 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 13.

²³⁵ Knigge & Kwakman 2001, p. 300-304.

²³⁶ Zie bijv. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 449 en 450 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 58.

wetsredactie van artikel 132a Sv. De minister zegt hierover: ‘Naar mijn mening schuilt het belang van de klassieke verdenkingseis en de verdenkingseis van titel V daarin, dat zij voorwaarden vormen voor toepassing van een reeks strafvorderlijke bevoegdheden. Zij zijn evenwel niet bepalend voor de vraag of er sprake is van opsporing.’²³⁷ Het verdenkingsvereiste is daarmee naar de achtergrond verschoven. Opvallend is dat de Hoge Raad in 2010 een arrest wees waarin het verdenkingscriterium een meer centrale plaats innam.²³⁸ In dit arrest werd ten aanzien van de verbaliseringsplicht overwogen: ‘Artikel 152 Sv ziet slechts op het door het Wetboek van Strafvordering bestreken opsporingsonderzoek, zodat die bepaling niet van toepassing is in een daaraan voorafgaande fase van het onderzoek waarin door opsporingsambtenaren met het oog op een mogelijk opsporingsonderzoek informatie wordt vergaard, maar nog geen sprake is van verdenking van een strafbaar feit, dat wil zeggen: van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is of wordt gepleegd.’ In de benadering van de Hoge Raad wordt de toepasselijkheid van de in artikel 152 Sv neergelegde verbaliseringsplicht beperkt tot het opsporingsonderzoek. Artikel 152 Sv strekt zich niet uit over de voorfase van de opsporing, waarin een redelijk vermoeden dat er een strafbaar feit is of wordt gepleegd ontbreekt. Deze fase wordt echter in het nieuwe artikel 132a Sv wel onder opsporing geschaard. Hoewel de Hoge Raad het belang van verslaglegging in deze voorfase benadrukt, lijkt in dit arrest het opsporingsbegrip beperkter te worden opgevat dan hetgeen de wetgever met de nieuwe wetsredactie heeft beoogd.²³⁹

Desalniettemin heeft het verruimde opsporingsbegrip geen vergaande implicaties. In de Tweede Kamer werd de vraag gesteld of hiermee het verdenkingsvereiste om van opsporing te spreken helemaal verlaten werd.²⁴⁰ Deze vraag werd door de minister ontkennend beantwoord. Volgens hem veranderde er ‘niets aan de toepassingsmogelijkheden van deze bevoegdheden’.²⁴¹ De vernieuwde definitie was meer van praktische aard. Bij nieuwe opsporingsmethoden is – gezien de ruime definitie – een herziening van artikel 132a Sv namelijk niet meer nodig. Van Kempen zag hierin het gevaar van een verdere uitbreiding van opsporingsbevoegdheden. Daarnaast suggereerde het ontbreken van het verdenkingsvereiste dat opsporingsbevoegdheden ongelimiteerd konden worden ingezet.²⁴² Terugkijkend op de ontwikkelingen na de invoering van het hernieuwde opsporingsbegrip, lijken deze risico’s zich niet te hebben gemanifesteerd. Dit kan verklaard worden door de paraplufunctie die artikel 132a Sv vervult. In dit artikel worden immers verschillende onderzoeksactiviteiten onder het opsporingsbegrip geschaard. De grondslag voor het

²³⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 30 164, nr. 3, p. 16.

²³⁸ HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, *NJ* 2011/169 m.nt. Schalken.

²³⁹ HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, r.o. 7.2.3, *NJ* 2011/169 m.nt. Schalken.

²⁴⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 6, p. 14.

²⁴¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 25.

²⁴² Van Kempen 2005, p. 399.

handelen van opsporingsambtenaren ligt niet in dit artikel, maar in de afzonderlijke bepalingen. Zodoende is het verdenkingsvereiste terug te vinden in een groot deel van de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Zo is het plaatsen van een telefoontap door een opsporingsambtenaar onder gezag van de officier van justitie in strijd met artikel 126m Sv, omdat op grond van het vijfde lid van dit artikel jo. artikel 126l lid 5 tot en met lid 8 Sv een schriftelijke (of in geval van dringende noodzakelijkheid een mondelinge) machtiging van de rechter-commissaris vereist is. Daarentegen zijn deze handelingen wel onder artikel 132a Sv te scharen. Aan de drie voorwaarden wordt immers voldaan. Desondanks is er geen sprake van rechtmatige opsporing. De specifieke, in de wet genoemde opsporingsbevoegdheden, voorkomen dan ook een te ruime toepassing van opsporingsbevoegdheden.²⁴³ Om die reden verdient het aanbeveling om artikel 132a Sv te bezien in onderlinge samenhang met andere artikelen. De wetsredactie noodzaakt daar overigens al toe, omdat de bepaling waarop de betreffende onderzoeksactiviteit is gestoeld inzicht geeft in het al dan niet voldoen aan de voorwaarden uit artikel 132a Sv. Zo wordt onderzoek door de AIVD niet onder de opsporing geschaard, aangezien de AIVD op basis van de WIV 2002 de nationale veiligheid tot taak heeft en niet de opsporing.²⁴⁴ Toch biedt deze benadering niet altijd de gewenste duidelijkheid, bijvoorbeeld in het kader van het verkennend onderzoek.

Het verkennend onderzoek is geïntroduceerd in de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden en dient ter voorbereiding van de opsporing. Het doel van het verkennend onderzoek is om na te gaan of er voldoende aanknopingspunten zijn om een opsporingsonderzoek te starten.²⁴⁵ Gedacht kan worden aan een onderzoek naar criminele activiteiten in de transportsector.²⁴⁶ Het verkennend onderzoek kan startinformatie opleveren voor een opsporingsonderzoek naar individuele bedrijven in die sector. De invulling van het verkennend onderzoek volgt uit de artikelen 126gg en 126hh Sv. Daarin zijn de toegestane onderzoekshandelingen opgenomen, zoals de bevoegdheid om een grote hoeveelheid gegevens uit het handelsregister te vorderen.²⁴⁷ Een veel bediscussieerde vraag is hoe het verkennend onderzoek juridisch geduid kan worden. Volgens de minister van Justitie maakt het verkennend onderzoek geen deel

²⁴³ Vgl. Hirsch Ballin 2012, p. 127 en 128, waarin zij stelt dat 'the threshold of a reasonable suspicion still fulfills a central role as the triggering mechanism for many criminal procedural powers and, in particular, for the use of special investigative techniques in the context of the criminal investigation'.

²⁴⁴ HR 5 september 2005, ECLI:NL:HR:2006:AV4122, r.o. 6.3.3, NJ 2007/336 m.nt. Schalken.

²⁴⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 49.

²⁴⁶ Dit voorbeeld is ontleend aan *Kamerstukken II* 1998/99, 25 403, nr. 3, p. 50. Vgl. HR 8 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6722, NJ 2009/427, waarin het onderzoek naar een bedrijf niet als een verkennend onderzoek wordt geduid. Waarschijnlijk ligt aan dit oordeel ten grondslag dat er geen sprake was van een onderzoek naar een sector. Een 'inventariserend onderzoek' naar één bedrijf lijkt derhalve niet onder deze definitie te vallen.

²⁴⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 410, nr. 3, p. 10.

uit van het voorbereidend onderzoek.²⁴⁸ Daarmee plaatst hij het verkennend onderzoek buiten de opsporing, omdat het opsporingsonderzoek wel tot het verkennend onderzoek wordt gerekend. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat ten grondslag ligt aan ons huidige opsporingsbegrip is ook expliciet gesteld dat het verkennend onderzoek geen opsporing kan heten, omdat daarmee niet beoogd wordt om strafvorderlijke beslissingen te nemen.²⁴⁹ Hierdoor wordt dus niet voldaan aan het doelvereiste van artikel 132a Sv. Desondanks stellen Keulen en Knigge dat artikel 126gg Sv als opsporing in de zin van artikel 132a Sv moet worden getypeerd, omdat het huidige artikel 132a Sv daar aanleiding toe geeft.²⁵⁰ Dit argument wordt echter niet verder onderbouwd. Borgers stelt dat de beslissing tot het al dan niet (in zijn ogen: verder) opsporen gelijkstaat aan het nemen van een strafvorderlijke beslissing.²⁵¹ Dit standpunt wordt onderschreven door Reijntjes.²⁵² Mijns inziens is van opsporing echter geen sprake. Hoewel het criterium van het ‘nemen van strafvorderlijke beslissingen’ ruim wordt getrokken, valt de voorbereiding van de opsporing daar niet onder. Zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt, gaat het in dat geval niet om ‘concrete in de wet omschreven strafvorderlijke beslissingen’.²⁵³ Bovendien wordt, zoals gezegd, in artikel 126gg Sv het doel van het verkennend onderzoek omschreven als ‘de voorbereiding van de opsporing’. De interpretatie van onder anderen Reijntjes zou betekenen dat er sprake is van opsporing ter voorbereiding van de opsporing. Daarmee wordt artikel 132a Sv zo ruim getrokken dat het verkennend onderzoek al zijn zelfstandige waarde verliest. Daar bestaat in mijn ogen geen noodzaak toe. De meerwaarde van het scharen van het voorbereidend onderzoek onder artikel 132a Sv zou – zoals bij het proactief politieoptreden – gelegen zijn in de rechtsbescherming die dit artikel biedt. Dit element van het opsporingsbegrip is echter al verweven met de artikelen 126gg en 126hh Sv: het onderzoek staat onder leiding van de officier van justitie en er geldt een verbaliseringsplicht.²⁵⁴ In die zin is een ruime interpretatie van het opsporingsbegrip louter om rechtsbeschermende motieven niet nodig. Zodoende kan beter gesproken worden over het verkennend onderzoek als een voorland van de opsporing. Hoewel er redenen zijn om kritisch te zijn over het verkennend onderzoek, zoals ten aanzien

²⁴⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 7, p. 87.

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 17.

²⁵⁰ Keulen & Knigge 2010, p. 273. Aldus ook Hirsch Ballin 2012, p. 125. Anders: Brinkhoff 2014, p. 144 die aangeeft dat het verkennend onderzoek zeer waarschijnlijk niet onder het opsporingsbegrip uit art. 132a Sv kan worden geschaard, omdat er gedurende dit onderzoek geen strafvorderlijke beslissingen worden genomen tegen een individu.

²⁵¹ Corstens & Borgers 2014, p. 285 en 286.

²⁵² Reijntjes 2013, p. 36.

²⁵³ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 17.

²⁵⁴ De verbaliseringsplicht is neergelegd in artikel 126hh lid 4 Sv en geldt voor de bewerking van gegevens.

van de precieze plaats van deze bepaling in ons wetboek²⁵⁵ en de niet altijd duidelijke scheidslijn met het eerder besproken informatiegestuurd politiewerk²⁵⁶, is voor de typering van het verkennend onderzoek als opsporing in mijn ogen onvoldoende grondslag.

De slotsom is dat het opsporingsbegrip betekenis krijgt in samenhang met andere artikelen. Het doel van artikel 132a Sv is om duidelijkheid te geven over de reikwijdte van de opsporing. De elementen uit dit artikel bieden in principe deze duidelijkheid. Een inhoudelijke invulling van onderzoeksactiviteiten geeft dit artikel evenwel niet; daarvoor dienen de betreffende bepalingen te worden geraadpleegd. Zolang deze aspecten in ogenschouw worden genomen, vervult het opsporingsbegrip een nuttige functie in het markeren van het startpunt van de strafvordering.

4.5 Wie zijn met de opsporing belast?

De betekenistitel van Titel VI van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering bevat naast een beschrijving van het opsporingsonderzoek een definitie van de term ‘opsporingsambtenaar’. Volgens artikel 127 Sv gaat het hierbij om alle personen die met de opsporing van strafbare feiten zijn belast. Deze personen worden in de artikelen 141 en 142 Sv opgesomd.²⁵⁷ In deze bepalingen worden respectievelijk algemene en buitengewoon opsporingsambtenaren onderscheiden. Het belangrijkste verschil tussen deze categorieën is te vinden in de aan hen toegekende opsporingsbevoegdheden. Algemene opsporingsambtenaren zijn in beginsel bevoegd tot opsporing van alle strafbare feiten, terwijl buitengewoon opsporingsambtenaren (hierna: *boa's*) een beperkte opsporingsbevoegdheid hebben die zich niet uitstrekt over alle strafbare feiten.²⁵⁸ Tevens zijn politiebevoegdheden – zoals geweldgebruik en onderzoek aan kleding – in de regel enkel toebedeeld aan algemene opsporingsambtenaren.

²⁵⁵ Het verkennend onderzoek lijkt tussen toezicht (zoals geregeld in de Awb) en opsporing (zoals geregeld in het Wetboek van Strafvordering) in te vallen: de plaats van de bepaling in het Wetboek van Strafvordering plaatst het buiten het toezicht, maar evenmin wordt – zoals betoogd – aan de voorwaarden van art. 132a Sv voldaan. Zie Brouwer 2000, p. 640 en Knigge & Kwakman 2001, p. 283 en 284.

²⁵⁶ §4.4.1 van dit hfd.

²⁵⁷ Behalve een limitatieve omschrijving van de personen wie er met de opsporing zijn belast, kunnen deze bepalingen – zoals eerder aangegeven – ook een grondslag bieden voor opsporingshandelingen die een beperkte inbreuk maken op de privacy en die niet bij wet geregeld zijn.

²⁵⁸ Art. 142 lid 2 Sv maakt het mogelijk om *boa's* opsporingsbevoegdheid voor alle strafbare feiten te verlenen. Dit maakt dat het verschil tussen algemene en buitengewoon opsporingsambtenaren op het punt van opsporingsbevoegdheid soms klein is.

Daarnaast kunnen algemene opsporingsambtenaren gebruikmaken van enkele in bijzondere wetten genoemde bevoegdheden, die niet aan boa's zijn toegekend.²⁵⁹ Een algemene kanttekening is dat de minister van Veiligheid en Justitie krachtens artikel 127 RO beperkingen kan opleggen aan de opsporingsbevoegdheid. De in artikel 141 en 142 Sv genoemde personen hebben dan ook geen onaantastbaar recht op opsporing.²⁶⁰

4.5.1 Artikel 141 Sv

In artikel 141 Sv worden vier categorieën algemene opsporingsambtenaren onderscheiden. Uit sub a van dit artikel volgt dat de officier van justitie niet enkel belast is met het toezicht op de opsporing, maar dat hij zelf ook bevoegd is tot het doen van opsporingshandelingen. In de praktijk wordt er slechts beperkt gebruikgemaakt van deze bevoegdheid. Enkel in belangrijke zaken zal een officier van justitie opsporingsbevoegdheden aanwenden of zal hij concrete aanwijzingen geven aan andere opsporingsambtenaren.²⁶¹

Als tweede categorie zijn bepaalde ambtenaren van de politie aangewezen. Blijkens artikel 2 Polw 2012 betreffen dit ambtenaren die zijn aangesteld voor de uitvoering van de politietaak, vrijwillige ambtenaren en ambtenaren van de rijksrecherche. Deze ambtenaren zijn in het hele land bevoegd tot het uitoefenen van hun opsporingstaak, maar zij dienen zich in beginsel te onthouden van optreden buiten het gebied waarin zij tewerkgesteld zijn.²⁶²

De derde categorie algemene opsporingsambtenaren zijn de aangewezen ambtenaren van de onder het Ministerie van Defensie ressorterende Koninklijke marechaussee (hierna: de Kmar). Via artikel 4 lid 3 Polw 2012 heeft de minister van Veiligheid en Justitie het gezag over het handelen van de door hem aangewezen militairen van de marechaussee. Vanwege het militaire karakter van de Kmar wordt terughoudend omgegaan met de onderhavige opsporingsbevoegdheid.²⁶³ Zo bepaalt artikel 4 lid 4 Polw 2012 dat de Kmar – hoewel bevoegd tot de opsporing van alle strafbare feiten – zich onthoudt van optreden dat buiten het kader van de uitoefening van zijn politietaken valt.²⁶⁴

²⁵⁹ Zoals art. 50 WWM. In geval van een gespiegelde situatie (oftewel indien in bijzondere wetten bevoegdheden worden opgedragen aan bepaalde personen) heeft een algemene opsporingsambtenaar ook die bevoegdheden, tenzij de wet dit op ondubbelzinnige wijze uitsluit. Zie HR 17 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1497.

²⁶⁰ Vgl. HR 26 juni 1962, *NJ* 1963/31 m.nt. Röling ten aanzien van instructies over een controlebevoegdheid.

²⁶¹ Corstens & Borgers 2014, p. 114.

²⁶² Art. 6 Polw 2012.

²⁶³ *Handelingen II* 1956/57, 57, p. 2437.

²⁶⁴ Zie over deze instructienorm nader Talsma 2007, p. 35-38; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 557, nr. 3, p. 3 en *Handelingen II* 2006/07, 62, p. 3478.

In artikel 141 sub d Sv worden de opsporingsambtenaren van bijzondere opsporingsdiensten als laatste type algemene opsporingsambtenaar genoemd. Tot 2007 werd deze categorie ambtenaren onder de groep buitengewoon opsporingsambtenaren geschaard. In de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten kreeg deze groep de plaats die ze tegenwoordig inneemt in ons strafvorderlijk systeem.²⁶⁵ Het motief achter deze categoriewijziging lag in de sfeer van de eerder behandelde onduidelijkheid tussen toezicht en opsporing. Het gemengde karakter van de taakuitoefening van deze diensten leidde tot onduidelijkheid, omdat strafvorderlijke opsporing en bestuursrechtelijke handhaving door elkaar liepen.²⁶⁶ Daarom werd besloten om het aantal opsporingsdiensten met een algehele opsporingsbevoegdheid terug te brengen van 21 tot vier.²⁶⁷ Deze diensten hebben een specifieke taakopdracht gekregen: de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde op een specifiek beleidsterrein.²⁶⁸ Blijkens artikel 3 Wet BOD strekt de opsporingsbevoegdheid van deze bijzondere opsporingsdiensten zich uit over zowel het beleidsterrein van de instanties als over de opsporing van andere strafbare feiten. Volgens sub c van dit artikel gaat het bij deze laatste bevoegdheid enkel om strafbare feiten die geconstateerd zijn bij de uitoefening van de opsporing van de desbetreffende ordeningswetgeving, of indien (sub d) zij door de officier van justitie daartoe worden belast. Deze algemene taakopdracht bracht de minister ertoe de opsporingsambtenaren van bijzondere opsporingsdiensten een algemene opsporingsbevoegdheid toe te kennen.²⁶⁹

4.5.2 Artikel 142 Sv

4.5.2.1 De inhoud van artikel 142 Sv

In artikel 142 Sv worden drie categorieën boa's opgesomd. Het gaat hierbij om personen die een specifieke opsporingstaak hebben die samenhangt met hun functie. In de Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, waarin nadere regels worden gegeven met betrekking tot het boa-stelsel, wordt een onderscheid gemaakt tussen zes domeinen waarin een boa actief kan zijn.²⁷⁰ Deze domeinen laten zien dat de opsporingsbevoegdheden van boa's divers van aard zijn. Zo is een boa openbare

²⁶⁵ Wet van 29 mei 2006, *Stb.* 2006, 285.

²⁶⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 182, nr. 3, p. 2. Vgl. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 955, nr. 1, p. 3.

²⁶⁷ Te weten de Algemene Inspectiedienst, Dienstonderdeel Opsporing (AID-DO); de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst-Economische Controledienst (FIOD-ECD); de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (SIOD) en de Inlichtingen- en Opsporingsdienst van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (I&M-IOD). De andere diensten kregen enkel toezichtstaken met een (ondergeschikte) beperkte opsporingsbevoegdheid.

²⁶⁸ Art. 3 Wet BOD.

²⁶⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 182, nr. 3, p. 3.

²⁷⁰ Zie art. 142 lid 4 Sv en Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar *Stcrt.* 2015, 16504. Boa's kunnen actief zijn in de domeinen Openbare ruimte; Milieu, welzijn en infrastructuur; Onderwijs; Openbaar vervoer; Werk, Inkomen en Zorg en Generieke Opsporing.

ruimte – mits noodzakelijk voor een goede uitoefening van de functie en de daaraan gekoppelde taakomschrijving – bevoegd tot handhaving van de minimale vlieghoogte van bepaalde type vluchten en een boa onderwijs – eveneens onder de eerder genoemde randvoorwaarden – bevoegd tot handhaving van de Leerplichtwet 1969.²⁷¹ Boa's worden ingezet daar waar opsporing door de politie onwenselijk is, de prioriteiten van de politie anders liggen, of indien er bij de politie onvoldoende deskundigheid of capaciteit is.²⁷² Deze ruime omschrijving geeft veel ruimte voor de inzet van boa's. De praktijk laat dit ook zien. Zo werd er geëxperimenteerd met het inzetten van winkelboa's voor het afhandelen van winkeldiefstal bij heterdaad. Deze boa's waren bevoegd tot vele handelingen die normaliter aan de politie zijn voorbehouden, zoals het opnemen van aangiftes en het horen van getuigen.²⁷³ Deze brede inzet van boa's werd niet door iedereen onderschreven. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten was kritisch, omdat de handhaving van dergelijke criminaliteit zich te veel bevond in het domein van de politie.²⁷⁴ Daarvoor valt iets te zeggen. Naast de benodigde competenties lopen de bevoegdheden van boa's en politieagenten sterk uiteen. Een vermenging van bevoegdheden – zoals bij winkelboa's – werd dan ook onwenselijk geacht.²⁷⁵

Voor de uitoefening van hun taken kunnen aan boa's bepaalde bevoegdheden worden toegekend. Deze bevoegdheden kunnen worden onderscheiden in politiebevoegdheden (zoals het toepassen van een veiligheidsfouillering²⁷⁶) en geweldsmiddelen (zoals het bewapenen met een vuurwapen²⁷⁷). De toekenning hiervan is afhankelijk van de werkzaamheden van de betreffende opsporingsambtenaar; van een algemene bevoegdheid is geen sprake. De toekenning van bevoegdheden aan boa's is dan ook maatwerk. Hetzelfde geldt voor de toekenning van de opsporingsbevoegdheid. Deze toekenning – waarvoor artikel 142 Sv een wettelijke grondslag geeft – is aan voorwaarden gebonden. Deze voorwaarden worden hierna beknopt besproken. Daarbij kan worden opgemerkt dat een boa op grond van artikel 152 Sv een proces-verbaal moet opmaken van zijn opsporingsbevindingen, maar enkel binnen het kader van zijn opsporingsbevoegdheid heeft dit proces-verbaal unieke bewijskracht in de zin van artikel 344 lid 2 Sv.²⁷⁸ Boa's die buiten hun bevoegdheid treden verliezen hun bijzondere

²⁷¹ Resp. art. 45 Luchtverkeersreglement jo. §8.3 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504 en Leerplichtwet 1969 jo. §6.4 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

²⁷² §2 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

²⁷³ *Kamerstukken II* 2011/12, 28 684, nr. 340, p. 1 en 2.

²⁷⁴ Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2012, p. 4 en 5.

²⁷⁵ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 684, nr. 387.

²⁷⁶ Art. 7 lid 3 Polw 2012 jo. §3.2 jo. Bijlage A Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

²⁷⁷ Art. 3a WWM jo. art. 4 Regeling wapens en munitie jo. §3.2 jo. Bijlage A Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

²⁷⁸ Zie art. 344 lid 1 aanhef en onder 2 Sv.

bevoegdheden en treden in dat geval op ‘als gewone burgers’, aldus Reijntjes.²⁷⁹ Een proces-verbaal dat is opgemaakt buiten de opsporingsbevoegdheid van de boa heeft om die reden te gelden als een ander geschrift in de zin van artikel 344 lid 1 sub 5 Sv, dat enkel in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen voor het bewijs mag worden gebruikt. Wel zijn boa's te allen tijde bevoegd een ambtsedig proces-verbaal op te maken indien zij geconfronteerd worden met agressie en geweld tijdens de uitoefening van hun taken.²⁸⁰

4.5.2.2 Vereisten bijzondere opsporingsambtenaren

De opsporingsambtenaren die in artikel 141 Sv worden genoemd zijn allemaal werkzaam binnen bepaalde organisaties waarvan verwacht kan worden dat deze personen aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen (zoals de politie). Het wekt dan ook geen verbazing dat voor het ruimer omschreven artikel 142 Sv specifieke voorwaarden worden genoemd voor het verkrijgen van opsporingsbevoegdheid. Zo dienen boa's in overheidsdienst te zijn.²⁸¹ Uitzonderingen op dit algemene uitgangspunt zijn gemaakt voor functies betreffende de uitoefening van specifieke en beperkte taken waarmee een zwaarwegend maatschappelijk belang is gemoeid,²⁸² de inhuur van particuliere boa's door gemeenten en een stage.²⁸³ Aanvankelijk stond de wetgever afwijzend ten overstaan van het toekennen van een opsporingsbevoegdheid aan particulieren.²⁸⁴ In 2004 stelde toenmalig minister van Justitie Donner echter dat er vanuit praktijk behoefte bestond om particuliere functionarissen beperkte opsporingsbevoegdheden toe te kennen. Gemeenten bleken in toenemende mate behoefte te hebben aan de inhuur van particulieren om ‘kleine ergernissen’, zoals foutparkeren, aan te pakken.²⁸⁵ Hoewel de minister benadrukte dat de opsporingsbevoegdheid in de regel een exclusieve bevoegdheid van de overheid blijft, moest volgens hem de ‘leer zich op

²⁷⁹ Minkenhof/Reijntjes 2009, p. 44.

²⁸⁰ §4.1 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

²⁸¹ §3 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

²⁸² Hierbij kan gedacht worden aan ‘flora- en faunabeheerders die reeds van oudsher in dienst zijn van een particuliere werkgever, zoals een wilbbeheerseenheid of een particuliere landeigenaar’. Zie *Aanhangsel Handelingen II* 2005/06, nr. 590 en Functielijst buitengewoon opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2004, 240, thans neergelegd in Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar *Stcrt.* 2015, 16504.

²⁸³ §3 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

²⁸⁴ Zie bijv. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 478, nr. 3, p. 4: ‘Beveiligingsorganisaties richten zich [...] bij uitstek op particuliere doelen. [...] Zij beschikken niet over andere bevoegdheden dan andere burgers. Voor hen is geen sprake van bij wet toegekende taken of bevoegdheden en het werk dat zij verrichten is niet gericht op de opsporing van strafbare feiten. Behoudens uitzonderingen, waarbij personen in dienst van beveiligingsorganisaties zijn aangewezen als onbezoldigd ambtenaar van politie, hebben personeelsleden van deze organisaties ook geen opsporingsbevoegdheid. Het werk van deze organisaties is vooral gericht op de preventie van criminaliteit.’

²⁸⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 684, nr. 28, p. 6.

bepaalde punten [...] voegen naar de praktijk'.²⁸⁶ De genoemde uitzonderingen zijn hier een uitvloeisel van. Wel is deze toekenning met waarborgen omgeven. Zo staan particuliere boa's die worden ingehuurd door gemeenten onder het directe toezicht van de politie.²⁸⁷

Naast de hoofdregel dat bijzondere opsporingsambtenaren in bezoldigde overheidsdienst moeten zijn, noemt artikel 2 Besluit buitengewoon opsporingsambtenaar (hierna: het BBO) drie cumulatieve vereisten om als boa werkzaam te zijn.²⁸⁸ Allereerst is een titel van opsporingsbevoegdheid vereist. Tevens moet deze persoon de bekwaamheid en betrouwbaarheid voor de uitoefening van opsporingsbevoegdheden hebben. Ten slotte is een akte van beëdiging noodzakelijk.

4.5.2.2.1 Titel van opsporing

In artikel 3 BBO wordt voor de rechtsgrond die de bevoegdheid tot opsporen bepaalt verwezen naar de drie categorieën die genoemd worden in artikel 142 lid 1 Sv, te weten:

- a. de personen aan wie door Onze Minister van Veiligheid en Justitie, onderscheidenlijk het College van procureurs-generaal een akte van opsporingsbevoegdheid is verleend;
- b. de meerderjarige personen, behorend tot door Onze Minister van Veiligheid en Justitie aangewezen categorieën of eenheden;
- c. de personen die bij bijzondere wetten met de opsporing van de daarin bedoelde strafbare feiten worden belast, met uitzondering van de opsporingsambtenaren van de bijzondere opsporingsdiensten als bedoeld in artikel 2 van de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten, of die bij verordeningen zijn belast met het toezicht op de naleving daarvan, een en ander voor zover het die feiten betreft en de personen zijn beëdigd.

Uit sub a en b kan worden afgeleid dat de minister van Veiligheid en Justitie de boa's aanwijst. Op grond van artikel 9 lid 2 BBO dient de minister daarbij het College van procureurs-generaal en de eventueel betrokken ministers te raadplegen. De taak van het College ligt dus, anders dan uit artikel 142 lid 1 sub a zou kunnen worden afgeleid, in de sfeer van advies. Het is de minister van Veiligheid en Justitie die de akte van opsporingsbevoegdheid verleent.²⁸⁹ Sub b geeft de mogelijkheid om een groep personen als boa aan te stellen. In het algemeen heeft te gelden dat deze bepaling van toepassing is op grotere organisaties met minimaal twintig opsporingsambtenaren.²⁹⁰ Artikel 142 lid 5 Sv vereist dat van deze aanstelling mededeling wordt gedaan in de Staatscourant.

²⁸⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 684, nr. 28, p. 6.

²⁸⁷ §3.5 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

²⁸⁸ Besluit van 19 mei 1994, *Stb.* 390 (laatstelijk gewijzigd 30 november 2012, *Stb.* 2012, 615).

²⁸⁹ Art. 10 BBO.

²⁹⁰ Roodzant, Van Oosterhout & Bouwmeister 1994, p. 12.

Sub c is per amendement in de wettekst gekomen.²⁹¹ Hiermee werd beoogd om de oude wettekst van artikel 142 Sv (met de invoering van de Politiewet 1993 is de wettekst sterk gewijzigd) ook in de nieuwe wettekst een plek te geven.²⁹² Sub c omvat in feite drie categorieën. Als eerste gaat het om de personen die in bijzondere wetten met de opsporing van de daarin bedoelde strafbare feiten worden belast. In artikel 17 WED worden bijvoorbeeld bepaalde ambtenaren van de rijksbelastingdienst aangewezen als personen die met de opsporing zijn belast. Een tweede categorie omvat personen die bij verordening zijn belast met het toezicht op de naleving daarvan. Dit opent de mogelijkheid voor de lagere wetgever, zoals gemeenten, om personen met de opsporing te belasten. Ten slotte bestaat er een restcategorie voor overige personen.

De titel van opsporingsbevoegdheid wordt afgegeven indien daartoe een noodzaak bestaat. Artikel 4 lid 1 BBO vult dit noodzaakcriterium in door te verwijzen naar de vraag of de bevoegdheid noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie van de desbetreffende persoon of de dienst waarbij hij werkzaam is, en of een beroep op de politie voor het uitoefenen van opsporingsbevoegdheden bezwaarlijk, niet mogelijk of niet wenselijk is.²⁹³ Indien aan beide voorwaarden is voldaan, kunnen (aanvullende) opsporingsbevoegdheden worden toegekend. Deze titel van opsporing dient elke vijf jaar verlengd te worden.²⁹⁴

4.5.2.2.2 Bekwaamheid en betrouwbaarheid

Om in aanmerking te komen voor de hiervoor genoemde titels moet de boa bekwaam en betrouwbaar worden geacht. Deze vereisten worden ook in de afweging van de vijfjaarlijkse verlengingsmogelijkheid getoetst. Artikel 17 BBO geeft invulling aan het betrouwbaarheidsvereiste. Om als potentiële boa over de vereiste betrouwbaarheid te beschikken, moet men van onbesproken gedrag zijn. Daarvoor is een Verklaring Omtrent het Gedrag (hierna: de VOG) nodig, die eventueel aangevuld kan worden met verder onderzoek. Het is blijkens artikel 17 lid 2 BBO uiteindelijk de minister van Veiligheid en Justitie die besluit of een persoon betrouwbaar wordt geacht voor de uitoefening van de opsporingsbevoegdheden. Het besluit daartoe wordt voornamelijk genomen op basis van de VOG, welke eventueel aangevuld wordt met politieke informatie.²⁹⁵ De bekwaamheid van de (beoogde) boa wordt in artikel 16 BBO omschreven. Uit het eerste lid volgt dat de boa een examen moet afleggen. Lid 2 bepaalt dat er, naar gelang de functie daar om vraagt, ook aanvullende eisen kunnen worden gesteld.

²⁹¹ *Kamerstukken II 1992/93*, 22 562, nr. 31, 61 en 70.

²⁹² Brouwer & Van Rest 1996 zetten vraagtekens bij het beoogde bereik van het – in hun ogen – onduidelijk geformuleerde art. 142 lid 1 sub c Sv. Zo viel tot 1 april 1994 personen die belast zijn met het toezicht op de naleving van bijzondere wetten of verordeningen onder de reikwijdte van art. 142 Sv (oud), maar in de nieuwe bepaling lijkt die categorie niet terug te komen.

²⁹³ §3.2 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504. Eenzelfde noodzaakcriterium geldt voor de toekenning van politiebevoegdheden en geweldsmiddelen.

²⁹⁴ Art. 32 lid 2 BBO.

²⁹⁵ §3.3 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

4.5.2.2.3 Akte van beëdiging

Een benoeming tot boa vereist ten slotte een akte van beëdiging.²⁹⁶ Deze akte betreft een formalisering van de taken van de boa.²⁹⁷ Zonder deze akte is de boa niet bevoegd om de in die akte genoemde strafbare feiten op te sporen.²⁹⁸

4.6 De rol van particulieren in het Wetboek van Strafvordering

Binnen de hiervoor besproken kaders kan de betrokkenheid van particulieren in de opsporing vorm krijgen. Burgers dragen in de opsporing bij aan de waarheidsvinding, zo valt af te leiden uit het doel van de opsporing. Deze waarheidsvinding is van belang, omdat daarmee een juiste toepassing van het materiële strafrecht kan worden verzekerd. Tegelijkertijd zal de overheid zorgvuldig moeten omgaan met de opsporing, omdat de waarheidsvinding vaak gepaard gaat met inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. Tegen deze achtergrond is het begrijpelijk dat de overheid slechts een beperkte categorie personen met de opsporing heeft belast. Particulieren vallen daar in beginsel niet onder. In de Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar wordt de opsporingsbevoegdheid dan ook geduid als ‘een privilege dat voorbehouden is aan de overheid’.²⁹⁹ Vanuit historisch perspectief is deze overweging niet opvallend. Gebleken is immers dat de opsporing sinds de middeleeuwen een sterk publiek karakter heeft. Maar de toegenomen rol van derden in de opsporing roept wel de vraag op of het besproken stelsel elke betrokkenheid van particulieren uitsluit. Is de opsporing een exclusieve taak van de overheid? In ieder geval tot de invoering van het opsporingsbegrip in 2000 spraken auteurs zich uit tegen het duiden van de opsporing als een exclusieve overheidsaangelegenheid.³⁰⁰ Zo leidde de toegenomen publiek-private samenwerking er volgens auteurs toe dat van een monopoliepositie van de Staat geen sprake kon zijn. De invoering van artikel 132a Sv lijkt daarentegen deze discussie in de luwte te hebben gebracht.³⁰¹ Onder opsporing kan enkel het handelen van personen die onder het gezag van het Openbaar Ministerie onderzoekshandelingen verrichten worden geschaard. De centrale rol van de overheid in de opsporing was daarmee wettelijk verankerd. Opvallend is dat de discussie omtrent de positie van de overheid in de strafvordering vooral in de literatuur is gevoerd. In de wetsgeschiedenis lijkt het overheidsmonopolie een onomstreden uitgangspunt. Fijnaut wijst erop dat de ontwerpers van het

²⁹⁶ A-G Vellinga merkt hierbij op dat het strikt genomen gaat om een akte *ter* beëdiging, daar deze akte ingevolge art. 18 jo.2 BBO vereist is om beëdigd te worden. Zie HR (concl. A-G Vellinga) 5 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO6693, nr. 19, *NJ* 2011/357 m.nt. Schalken. Zie over de ruimte tot mandatering van de feitelijke beëdiging Hof Leeuwarden 12 november 2003, ECLI:NL:GHEE:2003:AO0770, *VR* 2004/59.

²⁹⁷ Art. 19 BBO.

²⁹⁸ HR 5 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6693, *NJ* 2011/357 m.nt. Schalken.

²⁹⁹ §3.1 Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2015, 16504.

³⁰⁰ Zie bijv. Heijder 1989, p. 3 en 4; Reijntjes 1989, p. 6 en Corstens 1995, p. 237.

³⁰¹ Een uitzondering vormt Buruma 2003, p. 190 en 191.

Wetboek van Strafvordering als impliciet uitgangspunt namen dat de opsporing een overheidstaak betrof.³⁰² Ook bij de vormgeving van het opsporingsbegrip in 2000 bleek de rol van de overheid geen punt van discussie. Enkel zijdelings wordt opgemerkt dat opsporing een overheidstaak is. In het kader van infiltratietrajecten rees de vraag of ‘zij strekt tot uitvoering van een overheidstaak’. Volgens de minister was dat ‘bij infiltratie in het kader van de opsporing onmiskenbaar het geval’.³⁰³ In 2002 kwam de stuurgroep particuliere recherche onder meer tot het uitgangspunt dat de strafvorderlijke opsporing een overheidstaak is, en daar geen verandering in dient te komen.³⁰⁴ Eerder had het kabinet zich op het standpunt gesteld dat in relatie tot het toezicht in het (semi-)publieke domein het Openbaar Ministerie de eerstverantwoordelijke is in de opsporing.³⁰⁵ Erkend wordt dat particulieren steeds vaker aan de opsporing verwante taken uitvoeren en dat dit het opsporingsmonopolie van de overheid kan aantasten, maar van een doorbreking van het monopolie lijkt – in de ogen van parlementsleden en bewindspersonen – geen sprake.³⁰⁶ Zodoende lijkt de in artikel 132a Sv neergelegde centrale positie van de overheid in de opsporing een weinig betwist uitgangspunt voor de leden van de wetgevende macht.

De vervolgvraag is of een exclusieve taaktoedeling ook een exclusieve bevoegdheidstoedeling meebrengt. Dat is niet het geval.³⁰⁷ De centrale rol van de overheid brengt immers mee dat zij ruimte kan creëren om particulieren aan de waarheidsvinding bij te laten dragen. Relevant hierbij is de (lopende) discussie over de inzet van gewapende particuliere beveiligers op koopvaardij schepen. Onderwerp van de politieke discussie is of de inzet hiervan toelaatbaar is in het licht van het geweldsmonopolie van de overheid. De Commissie-De Wijkerslooth,³⁰⁸ die onderzoek deed naar dit onderwerp, concludeerde dat het geweldsmonopolie niet absoluut is.³⁰⁹ Onder voorwaarden kan de Staat toestaan dat particulieren geweld aanwenden. Hierbij merkt de commissie op dat indien de zorgplicht van de Staat niet toereikend kan worden nagekomen, de inzet van particuliere beveiligers – mits met voldoende waarborgen omgeven – kan worden toegestaan.³¹⁰ Deze constatering is in mijn

³⁰² Fijnaut 2002, p. 690-692.

³⁰³ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 25, p. 3.

³⁰⁴ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 VI, nr. 69, p. 6. De minister kon zich verenigen met de bevindingen. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 VI, nr. 69.

³⁰⁵ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 600 VI, nr. 73, p. 1 en *Kamerstukken II* 2001/02 26 604 en 26 345, nr. 14, p. 3.

³⁰⁶ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 478, nr. 5, p. 24 en 25 en *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, nr. 1294. Vgl. discussies over particuliere beveiligers, zoals beschreven in Knigge & Kwakman 2001, p. 276-278.

³⁰⁷ Zie ook Knigge & Kwakman 2001, p. 253-264.

³⁰⁸ Voluit: de Adviescommissie gewapende particuliere beveiliging tegen piraterij.

³⁰⁹ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 32 706, nr. 19, p. 31 en 38.

³¹⁰ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 32 706, nr. 19, p. 13, 31 en 38. De adviescommissie oordeelde in 2011 dat van een dergelijke situatie (nog) geen sprake was. Eind 2015 heeft kabinet een beleidsstandpunt gepresenteerd, waarin het voornemen wordt uitgesproken om te voorzien in een bevoegdheid om, onder strikte voorwaarden, geweld aan te wenden. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 32 706 nr. 74.

ogen ook van betekenis voor de opsporing. De opsporingstaak brengt mee dat de overheid kan bepalen wie een bijdrage levert aan de opsporing. Nu in het kader van de opsporing is geconstateerd dat de overheid de zorg voor de opsporing niet alleen kan dragen, kunnen derden bij de opsporing worden betrokken. Dat is ook noodzakelijk, aangezien de opsporing van strafbare feiten in belangrijke mate steunt op de betrokkenheid van derden. Zo vormen tips en aangiften veelal het startpunt voor opsporingsonderzoek en ook tijdens het voorbereidende onderzoek is een rol voor de burger, bijvoorbeeld als getuige, van belang. Wel zal recht moeten worden gedaan aan de verantwoordelijkheden die de strafrechtelijke actoren hebben in de strafrechtspleging.³¹¹ Illustratief is artikel 126w Sv, waarin de – in het volgende hoofdstuk nader te bespreken – wettelijke regeling van burgerinfiltratie is neergelegd.³¹² Dergelijk handelen van burgers kan als opsporing in de zin van artikel 132a Sv gecategoriseerd worden. Desondanks staat de bevoegdheid tot ondersteuning en niet de opsporing als zodanig centraal. Het opschrift van Titel VA van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering spreekt namelijk over de ‘bijstand’ aan de opsporing door burgers. Aan de overheidstaak tot opsporing wordt door het openstellen van dergelijke bevoegdheden dus niet getornd. De betrokkenheid van burgers binnen de kaders van de opsporing brengt mee dat het stelsel van rechtswaarborgen onverkort geldt. Het zwijgrecht van de verdachte, de onschuldpresumptie en de voorwaarden omtrent de toepassing van opsporingsbevoegdheden zijn hier voorbeelden van. De keerzijde van de medaille is dat dergelijke waarborgen in beginsel niet van toepassing zijn indien derden zonder de betrokkenheid van de overheid (en daarmee buiten de kaders van het Wetboek van Strafvordering) een bijdrage leveren aan de waarheidsvinding. In dat geval is van opsporing en het daarbij behorende stelsel van normen en waarborgen immers geen sprake.³¹³ Dat neemt niet weg dat bepaalde waarborgen – zoals de onschuldpresumptie³¹⁴ – via mensenrechtenverdragen ook in horizontale verhoudingen een rol spelen, waardoor zij voor de normering van burgeronderzoek van betekenis kunnen zijn.

Het voorgaande maakt duidelijk dat de overheidstaak tot opsporing ruimte biedt voor burgers om hieraan – onder voorwaarden – een bijdrage te leveren. Om de invloed van de rol van particulieren op het strafproces te verduidelijken, is het nuttig om op een abstracter niveau naar de verhouding tussen het straf(proces)recht en de burger te kijken.

³¹¹ Aldus ook Cleiren 2010, p. 23 en 24.

³¹² Art. 126w, 126x en 126zu Sv.

³¹³ Zie nader hfd. 4.

³¹⁴ Zie nader hfd. 4 §4.4.

Het strafrecht wordt veelal tot het publiekrecht gerekend. Kenmerkend aan het publiekrecht is dat de verhouding tussen de overheid en de burger centraal staat.³¹⁵ Deze verhouding wordt in het strafrecht gekenmerkt door een zekere mate van eenzijdigheid en ongelijkheid. De individuele burger staat in het strafrecht tegenover een overheid die – in de woorden van Cleiren – ‘als actor wet en recht handhaaft ten behoeve van alle burgers en repressief reageert in de richting van de dader’.³¹⁶ Schalken benadrukt dat van een eenzijdige rechtsbetrekking desondanks geen sprake hoeft te zijn. Kenmerkend aan rechtsbetrekkingen is dat rechtssubjecten (in dit geval de overheid en de burger) in een bepaalde verhouding tot elkaar staan, waarbij het recht van de een wordt ingevuld door de inhoud van het recht van de ander. Bij het creëren en handhaven van normen zal de overheid bijvoorbeeld rekening moeten houden met de aan burgers toegekende fundamentele rechten en vrijheden. Andersom wordt de vrijheid van burgers bepaald door de ruimte die de overheid nodig heeft om invulling te geven aan ‘de publieke zaak’, aldus Schalken.³¹⁷ Crijns duidt dit als de ‘wederkerigheid als imperatief, de eis om over en weer rekening te houden met elkaars posities en belangen’.³¹⁸ In juridische zin wordt het strafrecht volgens Crijns echter (nog steeds) gekenmerkt door eenzijdigheid.³¹⁹ Zo wordt de verdachte onvrijwillig betrokken in de strafprocedure. Bovendien, zo benadrukt Crijns, is de toepassing van bevoegdheden die aan de verdachte in het voorbereidend onderzoek zijn toegekend veelal afhankelijk van de opstelling en de medewerking van rechters en justitie.³²⁰

Naast de traditionele verticale verhouding die het strafrecht typeert, is ruimte ontstaan voor nieuwe verhoudingen. Cleiren wijst, in navolging van Crijns,³²¹ op het bestaan van consensuele procedures (zoals de schikking in het kader van de ontnemingsvordering³²²) en op de toegenomen rol van het slachtoffer in het strafproces.³²³ Een meer horizontale (of multidimensionale³²⁴) verhouding tussen de overheid en de burger is hierdoor in het strafproces zichtbaar. Cleiren heeft bij deze ontwikkeling stilgestaan in haar monografie ‘Evolueren naar meer horizontale en multidimensionale verhoudingen in het strafrecht’.³²⁵ Zij wijst op verschillende maatschappelijke ontwikkelingen die hun weerslag hebben op het denken over de verhoudingen in het strafrecht. Zo wordt door het terugtreden van de overheid een groter beroep gedaan op de zelfredzaamheid en de eigen verantwoordelijkheid van

³¹⁵ Zie nader Schalken 1987, p. 9 en 10.

³¹⁶ Cleiren 2010, p. 3.

³¹⁷ Schalken 1987, p. 8.

³¹⁸ Crijns 2010, p. 288.

³¹⁹ Crijns 2010, p. 283-289.

³²⁰ Crijns 2010, p. 288.

³²¹ Crijns 2010.

³²² Art. 511c Sv. Zie over consensuele procedures in het strafproces nader Crijns 2010, p. 28-59.

³²³ Cleiren 2010, p. 8-11.

³²⁴ Corstens 2002.

³²⁵ Cleiren 2010.

burgers.³²⁶ Hieraan gerelateerd is de toegenomen individualisering in de samenleving. De eigen belangen van de burger staan hierdoor meer op de voorgrond. Tot slot noemt Cleiren het zogeheten veiligheidsparadigma. De bereidheid van burgers om onveiligheid te accepteren is afgenomen, waardoor meer nadruk op voorzorg is komen te liggen om schade te voorkomen.³²⁷ Dergelijke ontwikkelingen zijn volgens Cleiren moeilijk in te passen in de verticale rechtsverhouding tussen de overheid en de burger die in het strafrechtelijke stelsel centraal staat. Een herwaardering van de klassieke verhoudingen in het strafrecht is volgens haar dan ook onvermijdelijk.³²⁸ De genoemde opkomst van consensuele procedures en de rol van het slachtoffer in het strafrecht zijn hier een uitwerking van. Deze horizontalisering leidt echter tot fricties. Vanwege de hiërarchische verhoudingen in het strafrecht is het bijvoorbeeld de vraag of de gelijkwaardigheid van partijen voldoende gewaarborgd is in consensuele procedures.³²⁹ Daarnaast signaleert Cleiren verschuivingen die raken aan de strafrechtsketen als zodanig. De bevoegdheden van de actoren in deze keten (politie, Openbaar Ministerie, rechter-commissaris en de rechter) zijn in de wet nauwkeurig omschreven en op elkaar afgestemd.³³⁰ Verschillende ontwikkelingen zetten deze verhoudingen echter onder druk. De auteur wijst onder meer op de 'verbreding van het maatschappelijk veld'.³³¹ Zo moedigt de overheid burgers aan om andere burgers aan te spreken op normafwijkend gedrag. De handhaving van normen ligt hierdoor niet enkel de handen van de overheid. Tevens wijst Cleiren op de overlap tussen particulier onderzoek en opsporingsonderzoek.³³² De informatie die derden kunnen aanleveren is soms noodzakelijk voor de opsporing van strafbare feiten. Vervlechting van de private met de publieke sfeer is volgens haar daardoor onvermijdelijk.³³³ Hierbij ontstaan vragen omtrent de grenzen van het koppelen, delen en gebruiken van dergelijk materiaal. Cleiren vraagt zich daarbij af of rechters voldoende instrumenten hebben om de in artikel 348 en 350 Sv besloten vragen te beantwoorden, omdat een deel van het onderzoek buiten de strafrecht kolom heeft plaatsgevonden.³³⁴ De tendens naar meer horizontalisering in het strafrecht leidt er volgens haar toe dat de rechtsstatelijke waarborgen die in het strafrecht besloten liggen niet of onvoldoende waargemaakt of gerealiseerd kunnen worden.³³⁵ Ze benadrukt hierbij dat de actoren in de strafrechtspeling een eigen verantwoordelijkheid hebben:

³²⁶ Cleiren 2010, p. 5 en 6.

³²⁷ Cleiren 2010, p. 6.

³²⁸ Cleiren 2010, p. 7.

³²⁹ Cleiren 2010, p. 12.

³³⁰ Cleiren 2010, p. 13.

³³¹ Cleiren 2010, p. 14-16.

³³² Cleiren 2010, p. 16 en 17.

³³³ Cleiren 2010, p. 19.

³³⁴ Cleiren 2010, p. 19.

³³⁵ Cleiren 2010, p. 23.

‘Ondanks het feit dat de rol van de van oorsprong tamelijk monopolistische positie van de overheid ten aanzien van het strafrecht behoorlijk is verminderd, ligt de verantwoordelijkheid voor handhaving van de strafrechtelijke rechtsorde in ons stelsel van de democratische rechtsstaat immers toch (nog steeds) primair bij de overheid. Voor haar mag de handhaving van de rechtsorde niet vrijblijvend zijn. De rol van politie, Openbaar Ministerie en de strafrechter kunnen daarbij niet worden gemist. Zij hebben een eigen verantwoordelijkheid binnen het domein van het strafrecht. Die verantwoordelijkheid kunnen en mogen zij in een concrete strafzaak niet wegschuiven of relativeren. Het Openbaar Ministerie is dan ook nog steeds het overheidsorgaan dat met een stevige autonomie, een heldere en door de Wet RO en het legaliteitsbeginsel van zowel art. 1 van het Wetboek van Strafrecht als van Strafvordering gelimiteerde opdracht, een behoorlijk opgetuigde organisatie en een ruim arsenaal aan bevoegdheden een behoorlijk deel van die rechtshandhaving in één hand heeft. De andere spelers in het veld – de niet strafrechtelijke actoren – hebben veelal een kleinere opdracht, minder bevoegdheden en minder krachtig en limitatief omschreven doelen dan het Openbaar Ministerie.’³³⁶

Voor de burger brengen de veranderingen in het strafrecht ook verantwoordelijkheden mee. Deze zijn volgens Cleiren echter nog weinig uitgekristalliseerd. De toegenomen eigen verantwoordelijkheid kan er volgens haar toe leiden dat van de burger ‘meer mag worden verwacht’.³³⁷ In de huidige asymmetrische verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte burger is deze ruimte echter beperkt.

In het licht van het voorgaande kan geconstateerd worden dat in een breder verband de traditionele rollen in het strafrecht aan het veranderen zijn. Deze veranderingen blijken moeilijk in te passen in de klassieke verticale verhoudingen in het strafrecht. De bespreking van de achtergronden en de inhoud van de term ‘opsporing’ bieden houvast bij de wijze waarop de betrokkenheid van derden in de opsporing vorm kan krijgen. In de volgende, afsluitende paragraaf wordt dan ook samengevat welke verantwoordelijkheden de overheid heeft bij de rol van de burger in de opsporing.

5. Reflectie

In dit hoofdstuk is een algemeen juridisch kader van de opsporing gepresenteerd. Daarbij is stilgestaan bij de ontwikkeling van het denken over opsporing en de uiteindelijke opneming van het opsporingsbegrip in het Wetboek van Strafvordering. De historische verkenning van het denken over opsporing liet zien dat de opsporing

³³⁶ Cleiren 2010, p. 23 en 24.

³³⁷ Cleiren 2010, p. 25.

pas sinds de middeleeuwen als een overheidstaak werd geduid. Daarvoor was het onderzoek naar strafbare feiten vooral een private aangelegenheid. In het huidige Wetboek van Strafvordering komt de centrale rol van de overheid ook tot uitdrukking. Uit het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv volgt dat opsporing enkel plaatsvindt onder gezag van de officier van justitie. Dit gezagselement wordt herhaald in artikel 148 Sv. Daarnaast laten de artikelen 141 en 142 Sv – waarin met name overheidsambtenaren met de opsporing van strafbare feiten worden belast – weinig ruimte voor twijfel dat de opsporing in het domein van de overheid valt. De overheid heeft daarmee een machtsmiddel in handen. Het opsporingsbegrip fungeert immers als ingang voor strafvorderlijke bevoegdheden die in de regel een inbreuk maken op de grondrechten van burgers.

Gebleken is dat de overheidstaak tot opsporing een transactioneel karakter heeft. De overheid neemt de taak tot opsporing op zich, maar daar staan garanties tegenover. Bij de transitie naar de overheidsgestuurde opsporing bleek met name van belang dat de kwaliteit van opsporing bewaakt werd. De Staat bood bijvoorbeeld bescherming aan de klager en willekeur moest voorkomen worden. De rol van de overheid in de opsporing is gestoeld op de garanties die zij in dit kader kan bieden. Mocht de opsporing niet aan de verwachtingen van burgers voldoen, dan zal de meerwaarde van de overheidstaak tot opsporing ten overstaan van privaat onderzoek al snel ter discussie staan.

Tegen deze achtergrond lijkt het opvallend dat de overheid heeft ingezet op een grotere betrokkenheid van particulieren in de opsporing. Deze ontwikkeling is terug te voeren op ontwikkelingen in het midden van de jaren '80. De overheid bleek onvoldoende bij machte om het gewenste veiligheidsniveau te bereiken. Om die reden werd ingezet op een grotere betrokkenheid van particulieren in het domein van de veiligheid. Burgers kregen een 'belangrijke verantwoordelijkheid bij het tegengaan van kleine criminaliteit'.³³⁸ De zorg voor veiligheid – welke later doorgetrokken werd naar de opsporing – werd hiermee als een maatschappelijke, gedeelde verantwoordelijkheid getypeerd. Deze responsabilisering werd versterkt door de opkomst van moderne technologieën. Internet, televisie en smartphones verlaagden de drempel om burgers in de opsporing te betrekken. Deze samenwerking van de politie met particulieren kan begrepen worden als een middel om het gewenste kwaliteitsniveau van de opsporing te bereiken. In de grotere betrokkenheid van burgers bij de strafvordering ligt immers de verwachting besloten dat dit een positieve invloed heeft op de rechtshandhaving. In dat opzicht is het overheidsmonopolie op de opsporing en de toegenomen samenwerking tussen burger en overheid niet tegenstrijdig, maar juist complementair aan elkaar. De samenwerking met derden lijkt een noodzakelijk middel om de waarborgen die het overheidsmonopolie met zich brengt in stand te houden. Het mes snijdt daarbij

³³⁸ *Kamerstukken II 1984/85*, 18 995, nr. 2, p. 86.

aan twee kanten. Enerzijds kunnen de belangrijke strafvorderlijke waarborgen die de overheidstaak tot opsporing met zich brengt in stand worden gehouden en anderzijds kan de rechtshandhaving een steun in de rug krijgen door de benutting van het potentieel van burgers. Zodoende heeft niet enkel de totstandkoming, maar ook de instandhouding van de overheidstaak tot opsporing een transactioneel karakter.

De ruimte om burgers in de opsporing te betrekken is echter niet onbeperkt. Vaststaat dat de centrale rol van de Staat meebrengt dat hij burgers in de opsporing kan betrekken. Deze betrokkenheid van particulieren mag echter geen afbreuk doen aan de verantwoordelijkheden van de overheid in de opsporing. Geconcludeerd is immers dat de onderhavige overheidstaak strafvorderlijke garanties biedt die onvoldoende gewaarborgd zijn in particuliere handen. Het primaat van de opsporing dient dan ook bij de overheid te liggen. Het handelen van burgers kan niet het predicaat 'opsporing' dragen.³³⁹ Deze constatering staat niet in de weg staat aan een rol voor burgers in de opsporing. Zo bestaat er een mogelijkheid voor boa's om in particuliere dienst te zijn. Voor een zelfstandige rol voor de burger in de opsporing bestaat echter geen ruimte. De opsporing mag niet worden uitbesteed aan burgers. Zoals Knigge het verwoordt: 'de overheid mag niet door middel van andere personen aan opsporing doen'.³⁴⁰ Dit zou de genoemde rol van de overheid ontoelaatbaar doorkruisen. Wel kunnen burgers onder de vlag van de overheid bijdragen aan de strafvordering, mits de controle op het handelen van particulieren in de opsporing te allen tijde bij de overheid ligt. Daarbij is van belang dat recht wordt gedaan aan de waarborgen die de overheidstaak tot opsporing biedt. De overheid is verantwoordelijk voor de kwaliteit van de opsporing, waarbij in het bijzonder gedacht moet worden aan een betrouwbare, gedegen en met rechtswaarborgen omgeven opsporing.³⁴¹ Deze (tweede) verantwoordelijkheid van de overheid moet ook gewaarborgd zijn als derden bij de opsporing worden betrokken.

Uit de verkenningen in dit hoofdstuk kan de conclusie worden getrokken dat de overheid de regie zal moeten houden over de opsporing en daarnaast de kwaliteit van de bijdragen zal moeten bewaken. Binnen deze kaders dient de betrokkenheid van burgers vorm te krijgen. Terughoudendheid en de waarborg voor kwaliteit, waaronder de rechtsbescherming kan worden begrepen, zijn belangrijke bakens bij het betrekken van derden in de strafvordering. In de volgende hoofdstukken wordt op de hier gesignaleerde verantwoordelijkheden van de overheid in de opsporing voortgebouwd.

³³⁹ Zie ook hfd. 1 §3.

³⁴⁰ Knigge 1990, p. 203. Zie in vergelijkbare zin de noot van Corstens, nr. 7 bij HR 11 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC9998, NJ 1995/537. Vgl. Bleichrodt 2010, p. 16.

³⁴¹ Vgl. Schalken 1987, p. 6 en 7. 'De rechtshandhavende opdracht van de overheid omvat [...] twee *algemene*, op de rechtsstaat geöriënteerde [sic] belangen: de zorg voor een adequate normhandhaving en de zorg voor de kwaliteit van de rechtspleging of, daarvan afgeleid, de zorg voor de kwaliteit van de rechtsbescherming.'

In het volgende hoofdstuk zal ingegaan worden op de wettelijke invulling van de mogelijkheid om burgers in de opsporing te betrekken.

III DE BETROKKENHEID VAN BURGERS BIJ DE OPSPORING VAN STRAFBARE FEITEN BINNEN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING

1. Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is geconcludeerd dat de opsporing een taak van de overheid is. Deze taak tot opsporing laat ruimte voor de overheid om burgers bij de opsporing te betrekken. In dit hoofdstuk wordt in kaart gebracht op welke manier de overheid hieraan invulling heeft gegeven. De plaats van de burger in het Wetboek van Strafvordering staat hierbij centraal, omdat binnen de kaders van dit wetboek de overheid vorm heeft gegeven aan de betrokkenheid van burgers in de opsporing.

De deelvraag *‘Welke ruimte geeft het Wetboek van Strafvordering om burgers bij de opsporing te betrekken?’*, die in dit hoofdstuk beantwoord wordt, ziet op de ruimte die het Wetboek van Strafvordering geeft voor burgerbijstand en burgeronderzoek. Eerst zal besproken worden welke bevoegdheden burgers hebben om dwangmiddelen toe te passen. Vervolgens zullen in paragraaf 3 de bijzondere opsporingsbevoegdheden besproken worden. In de daaropvolgende paragraaf staat de burger aan wie toezeggingen worden gedaan in ruil voor een getuigenverklaring centraal. Vervolgens komen in paragraaf 5 enkele bijzondere bijdragen van burgers aan de opsporing aan bod. In paragraaf 6 wordt de aandacht verlegd naar het onderscheid tussen vrijwillige en verplichte bijdragen van burgers aan de opsporing. In de afsluitende paragraaf zal aan de hand van het daarvoor besprokene een nadere invulling van de in hoofdstuk 2 genoemde uitgangspunten van de opsporing worden gegeven. Daarbij is dit hoofdstuk vooral van betekenis voor de balans die de wetgever heeft gezocht tussen enerzijds het uitgangspunt dat het primaat van de opsporing bij de overheid ligt en anderzijds de ruimte die wordt gegeven aan burgers om bij te dragen aan de opsporing. Een eerste aanzet voor een invulling van deze balans zal in de volgende paragraaf worden gegeven, wanneer wordt ingegaan op de vraag *waarom* er bevoegdheden aan burgers zijn toegekend in het kader van de strafvordering.

2. Dwangmiddelen

2.1 Het burgerarrest en de daaraan gelieerde steundwangmiddelen

De opsporing van strafbare feiten kan leiden tot een inbreuk op de in de Grondwet en internationale verdragen gewaarborgde rechten en vrijheden van burgers. Opsporingsmiddelen die inbreuk maken op deze rechten en vrijheden worden in een bepaalde theorie ‘dwangmiddelen’ genoemd.³⁴² De bevoegdheid tot staande houden maakt bijvoorbeeld een inbreuk op het recht van de persoonlijke vrijheid van een burger.³⁴³ In het Wetboek van Strafvordering zijn ook aan burgers dwangmiddelen toegekend. In het licht van de vroegere prominentere rol van de burger in de opsporing, is deze toekenning begrijpelijk. De aan burgers toegekende dwangmiddelen kunnen getypeerd worden als overblijfsel uit vroegere tijden, waarin de strafvordering niet enkel een staatstaak was.³⁴⁴ Dat de wetgever vervolgens bijzonder spaarzaam is geweest met de toekenning van dwangmiddelen aan burgers, is evenzeer verklaarbaar. Dwangmiddelen in de handen van burgers kunnen het geweldsmonopolie van de overheid doorkruisen³⁴⁵ en bovendien is terughoudendheid geboden, gezien het sterk exclusieve publieke karakter van de opsporing.

In het Wetboek van Strafvordering zijn drie, aan elkaar verwante, dwangmiddelen toegekend aan burgers. Allereerst geeft artikel 53 lid 1 Sv de bevoegdheid aan een ieder om in het geval van een ontdekking op heterdaad de verdachte(n) aan te houden. Daarmee zijn naast opsporingsambtenaren burgers bevoegd tot een aanhouding (hierna: het burgerarrest). Daartoe kan een burger op grond van artikel 55 lid 1 Sv – behoudens enkele nog te bespreken uitzonderingen – elke plaats betreden. Het derde en laatste dwangmiddel dat het wetboek aan burgers toekent is de inbeslagnemingsbevoegdheid, zoals verwoord in artikel 95 lid 1 Sv. Evenals de betredingsbevoegdheid is het in beslag nemen van voorwerpen door burgers enkel toegestaan bij toepassing van artikel 53 Sv. In zoverre kan het burgerarrest gezien worden als het enige zelfstandige aan burgers toegekende dwangmiddel, waarbij voor de uitvoering van deze bevoegdheid steundwangmiddelen zijn toegekend.

³⁴² Hoekendijk 1985, p. 29. Deze definitie van dwangmiddelen wordt niet door iedereen onderschreven. Minkenhof/Reijntjes 2009, p. 131 gebruikt eenzelfde definitie, maar in het handboek van Corstens & Borgers 2014, p. 412 wordt in algemenere termen gesproken over een inbreuk op ‘rechten en vrijheden van burgers’. Er wordt voornamelijk verschillend gedacht over wat wel en wat niet als dwangmiddel geïd kan worden. Zo stellen Corstens & Borgers 2014, p. 412 dat een bevel tot het onderwerpen aan bloedonderzoek (art. 163 lid 5 WvW) geen dwangmiddel is, omdat de betrokkene bij weigering niet gedwongen kan worden om bloed te laten afnemen. Reijntjes 1989, p. 15 wijst erop dat een bloedproef als dwangmiddel moet worden gezien, omdat deze bevoegdheid kan worden afgedwongen door de strafbaarstelling van het niet opvolgen van het bevel of vordering tot medewerking aan een bloedproef. Zie art. 163 lid 6 jo. 176 lid 3 WvW.

³⁴³ Zie art. 52 Sv en art. 15 Gw.

³⁴⁴ Aldus ook Corstens & Borgers 2014, p. 424.

³⁴⁵ Bleichrodt 2010, p. 10.

De bevoegdheid, niet zijnde een plicht, die is toegekend aan burgers om in een heterdaadsituatie een verdachte aan te kunnen houden, kan – zoals gezegd – gezien worden als een uitvloeisel uit het verleden.³⁴⁶ In dat kader plaatst De Bosch Kemper het burgerarrest, wanneer hij dit dwangmiddel typeert als ‘de deelneming door het volk aan openbare aangelegenheden’.³⁴⁷ Hij stelt dat reeds in de middeleeuwen burgers zonder een bevel van de rechter een verdachte in een heterdaadsituatie aan konden houden.³⁴⁸ Uit Beijerse biedt ons meer context om de ratio van dit dwangmiddel te verklaren. Zij wijst op de beperkte omvang en spreiding van het politieapparaat in het begin van de 19^e eeuw, waardoor een ruime kring van aanhoudingsbevoegden een eventueel handhavingstekort kon ondervangen.³⁴⁹ Deze verklaring heeft gedeeltelijk aan argumentatieve waarde ingeboet, omdat het politieapparaat thans veel meer verspreid is over Nederland. Desalniettemin is het handhavingstekort ook nu nog aanzienlijk.³⁵⁰ Is desondanks het karakter van het burgerarrest veranderd? Een ‘ieder’ lijkt te impliceren dat er een gelijkschakeling is tussen opsporingsambtenaren en burgers in de toekenning van deze bevoegdheid. In de volgende subparagrafen wordt verkend of de rol van de burger en de rol van de opsporingsambtenaar in de aanhoudingsbevoegdheid van artikel 53 Sv wezenlijk uit elkaar lopen, of dat sprake is van een gelijke positie met min of meer gelijke bevoegdheden. Die verkenning is van belang, omdat daarmee de precieze plaats van het burgerarrest in het strafvorderlijke stelsel bepaald kan worden. Hierbij verdient de maatschappelijke context ook aandacht. Op gezette tijden leidt de toepassing van het burgerarrest (en vaak: het daaraan gerelateerde geweld) tot media-aandacht. Zo betaalde wijlen prins Bernhard de 300 euro boete die was opgelegd aan een Albert Heijn-filiaalhouder die een overval met disproportioneel geweld had aangehouden.³⁵¹ Ook de aanhouding van een inbreker in het Amsterdamse Frans Ottenstadion, die als gevolg van de aanhouding overleed,

³⁴⁶ In voorgaande Wetboeken van Strafvordering bestond er onder omstandigheden een plicht voor opsporingsambtenaren om in een heterdaadsituatie de verdachte aan te houden. Vgl. art. 39 van het Wetboek van Strafvordering 1838 en de artikelen 28 en 29 van het voorgestelde Wetboek van Strafvordering 1861, waarin ‘dienaren der openbare magt’ in bepaalde gevallen verplicht waren om verdachten aan te houden. Bij de invoering van ons huidige Wetboek van Strafvordering is deze aanhoudingsplicht voor opsporingsambtenaren komen te vervallen, aangezien een voor geleiding niet in alle gevallen op zijn plaats is. Zo kan het uitschrijven van een boete, of het geven van een waarschuwing in bepaalde gevallen afdoende zijn. Een dergelijke plicht voor burgers heeft voor zover na te gaan hier te lande nooit bestaan. Zie Haarman & Van der Burgt 1921, p. 46; Blok & Besier I 1925, p. 188 en Naeyé 2011, p. 216. Vgl. Hof Den Haag 9 december 1976, ECLI:NL:GHSGR:1976:AC1125, NJ 1977/381, waarin de politie op de hoogte was van een voorgenomen roofoverval en verzuimde de verdachte op heterdaad te betrappen of het latere slachtoffer te waarschuwen. Dit niet-optreden leidde volgens het hof tot een onrechtmatige daad van de Staat jegens de weduwe en kinderen van het slachtoffer.

³⁴⁷ De Bosch Kemper 1838, p. 244. Zie tevens Corstens & Borgers 2014, p. 424.

³⁴⁸ De Bosch Kemper 1838, p. 243.

³⁴⁹ Uit Beijerse 1998, p. 97.

³⁵⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 173, nr. 2 en Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 28 684, nr. 331, p. 4.

³⁵¹ J. Alberts en J. Mat ‘De hulpscherrifs van Albert Heijn’, *NRC Handelsblad* 23 juni 2003, p. 2.

leidde tot veel maatschappelijk debat. Daarmee is het burgerarrest een onderdeel van een maatschappelijk debat geworden. De juridische invulling van artikel 53 Sv kan dan ook niet los worden gezien van deze bredere context.

2.2 De plaats in het bestel

Een eerste vraag die beantwoord moet worden om de plaats van het burgerarrest te bepalen in ons strafvorderlijk systeem, is hoe dit dwangmiddelen en de daaraan gekoppelde bevoegdheden getypeerd dienen te worden. Sommigen zien het burgerarrest als een vorm van ‘burgeropsporing’.³⁵² In deze benadering lijkt het burgerarrest als een vorm van opsporing te worden gezien.³⁵³ Artikel 132a Sv lijkt zich echter te verzetten tegen die lezing, omdat deze aanhouding niet plaatsvindt onder het gezag van de officier van justitie. Daardoor is onduidelijk of de particuliere aanhoudingsbevoegdheid als een strafvorderlijke bevoegdheid kan worden gezien. Van opsporing, vervolging of executie lijkt immers geen sprake.³⁵⁴ Reijntjes stelt dan ook dat met het toekennen van dwangmiddelen aan burgers in het Wetboek van Strafvordering ‘in strikte zin buiten de strafvordering is getreden’.³⁵⁵ Hij betoogt dat artikel 1 Sv zich uitsluitend op overheidshandelen richt, waardoor het Wetboek van Strafvordering particulier handelen niet dient te normeren.³⁵⁶ Groenhuijsen stemt daarmee in, maar wijst daarnaast op de ‘nuttige functie’ van genormeerde bevoegdheden.³⁵⁷ Gezien de belangen die spelen bij het ophelderen van strafbare feiten, is het toekennen van deze dwangmiddelen volgens hem goed verdedigbaar.

Het typeren van de aan burgers toegekende dwangmiddelen als vreemde eend in de bijt van strafvordering valt of staat met de interpretatie van artikel 1 Sv. In het vorige hoofdstuk zijn daaromtrent reeds enkele opmerkingen gemaakt. In het algemeen kan gezegd worden dat strafvordering krachtens het bepaalde in artikel 1 Sv zich inderdaad richt op normering van overheidshandelen. Het uitgangspunt in de literatuur lijkt te zijn dat dit artikel onder andere bescherming biedt tegen inbreuken *van de overheid* op de grondrechten van burgers.³⁵⁸ Een (directe of indirecte) inbreuk op de rechten en vrijheden van burgers dient – aldus artikel 1 Sv – een grondslag in de wet te hebben. Dit biedt bescherming tegen willekeurig overheidsoptreden. Zo bezien hebben de bevoegdheden die aan burgers zijn toegekend inderdaad een van artikel 1

³⁵² Brinkhoff 2008, p. 67 en 68 en Naeyé 2011, p. 216.

³⁵³ Noyon 1926, p. 3 en Mevis 1990, p. 942.

³⁵⁴ Zie nader hfd. 2 §4.1.

³⁵⁵ Reijntjes 1989, p. 12.

³⁵⁶ Reijntjes 1989, p. 10.

³⁵⁷ Groenhuijsen 1990, p. 560 en 561.

³⁵⁸ Zie bijv. Knigge & Kwakman 2001, p. 245; Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 8-20 en Van der Meij 2010, p. 338.

Sv afwijkend karakter. Daartegenover staat dat het openingsartikel van het Wetboek van Strafvordering ook gezien kan worden als een belichaming van de bepalingen uit de Grondwet die de persoonlijke vrijheid beschermen.³⁵⁹ In dat perspectief is een plek voor deze (min of meer) private dwangmiddelen zeer wel verdedigbaar, aangezien het burgerarrest een inbreuk maakt op die vrijheid en het vanuit deze optiek niet uitmaakt of die inbreuk vanuit de overheid of vanuit de burger komt.

Daarnaast kunnen via een omweg de dwangmiddelen die burgers mogen toepassen ook meer verenigd worden met de grondgedachte achter artikel 1 Sv. De benadering van Groenhuijsen om de hiervoor besproken discrepantie tussen artikel 1 Sv en de toekenning van dwangmiddelen aan burgers te ondervangen, spreekt daarbij aan. Hij spreekt over 'plaatsvervangend overheidsoptreden' van de burger.³⁶⁰ Zo bezien zijn de hier besproken dwangmiddelen te rijmen met artikel 1 Sv, aangezien het (in deze benadering) om een indirecte normering van overheidsoptreden gaat.

Deze discussie kan worden aangevuld met een praktisch argument. De toekenning van dwangmiddelen aan burgers moet ergens een plek in de wet krijgen. Het burgerarrest betreft immers een vorm van vrijheidsbeneming van een andere burger. Zonder grondslag zou dergelijk handelen een strafbaar feit kunnen opleveren.³⁶¹ Het Wetboek van Strafvordering lijkt daarbij de meest geëigende plek voor een wettelijke voorziening. De aanhoudingsbevoegdheid, betredingsbevoegdheid en inbeslagnemingsbevoegdheid zijn daarin toegekend aan opsporingsambtenaren. Nu deze bevoegdheden reeds een plaats hebben gekregen in het Wetboek van Strafvordering, is het begrijpelijk dat deze bevoegdheden op diezelfde plek aan burgers worden toegekend.

Alles afwegende is de regeling van dwangmiddelen die burgers mogen toepassen te duiden als strafvordering. Dwangmiddelen maken per definitie inbreuk op het recht van de persoonlijke vrijheid van een burger.³⁶² Op basis van artikel 1 Sv is in die gevallen een formeel wettelijke basis noodzakelijk. Dat deze inbreuk niet van overheidszijde is geïnitieerd, is in mijn ogen niet van doorslaggevende betekenis. De publiekrechtelijke inslag van strafvordering noodzaakt tot een bepaalde mate van betrokkenheid van de overheid – het Wetboek van Strafvordering regelt immers de verhouding tussen de (verdachte) burger en de strafvorderlijke overheid –, maar de wijze waarop deze betrokkenheid tot uitdrukking komt is in mijn ogen vormvrij. In dit geval is doorslaggevend dat de overheid de vruchten plukt van de aanhouding op heterdaad, daar de aangehoudene onverwijld moet worden overgedragen aan een

³⁵⁹ Simmelink 1987, p. 39-42, m.n. p. 40 met verwijzingen naar De Bosch Kemper 1838.

³⁶⁰ Groenhuijsen 1990, p. 561.

³⁶¹ Te denken valt aan overtreding van art. 282 Sr (opzettelijke vrijheidsberoving). Door het bestanddeel 'wederrechtelijk' valt een rechtmatig burgerarrest niet onder de reikwijdte van deze strafbepaling.

³⁶² Zie ook Baaijens-Van Geloven & Simmelink 2002, p. 448 en 449 en Corstens & Borgers 2014, p. 412.

opsporingsambtenaar. Deze modaliteit is zodoende gericht op het ondersteunen van de opsporing, waarbij een plaats in het Wetboek van Strafvordering uitdrukking geeft aan het gegeven dat de strafvorderlijke waarborgen en de verantwoordelijkheden van de overheid zich uitstrekken tot deze (steun)dwangmiddelen. Nu bovendien de besproken dwangmiddelen ook op andere manieren met het openingsartikel van het Wetboek van Strafvordering te verenigen zijn – bijvoorbeeld door de dwangmiddelen als plaatsvervangend overheidsoptreden te duiden –, valt te verklaren dat deze dwangmiddelen een formeel wettelijke basis hebben gekregen.

2.3 Voorwaarden uit artikel 53 Sv

In de voorgaande paragraaf is verklaard hoe het burgerarrest (en de daaraan gelieerde steundwangmiddelen) ingepast kan worden in de wetssystematiek. Zoals gezegd heeft de wetgever gekozen om het burgerarrest neer te leggen in artikel 53 Sv, welk artikel ook een grondslag biedt voor de aanhoudingsbevoegdheid van opsporingsambtenaren. In het eerste lid van artikel 53 Sv kunnen twee kernbegrippen worden aangewezen die het burgerarrest vormen. Allereerst dient er sprake te zijn van een *heterdaadsituatie*. Deze term wordt in artikel 128 Sv gedefinieerd: er is sprake van heterdaad wanneer het strafbare feit ontdekt wordt, terwijl het begaan wordt of terstond nadat het begaan is.³⁶³ In de wetsgeschiedenis wordt ook wel gesproken over ontdekking in de ‘verschen toestand’ van het strafbare feit.³⁶⁴ Het toekennen van de aanhoudingsbevoegdheid in een heterdaadsituatie wordt door de wetgever verklaard door de relatieve zekerheid van juist optreden. In een heterdaadsituatie kan ‘de reconstructie van hetgeen in werkelijkheid heeft plaats gevonden met eene betrekkelijk veel geringere kans op dwaling geschieden’.³⁶⁵ Deze gedachtegang leidde er onder meer toe dat in de late middeleeuwen nader bewijs niet vereist was bij een betrapping op heterdaad.³⁶⁶ Met deze verklaring voor de directe aanhoudingsbevoegdheid is de reikwijdte van het heterdaadbegrip echter nog niet gegeven.

Het tweede lid van artikel 128 Sv geeft een begrenzing van een heterdaadsituatie. Heterdaad wordt niet langer aanwezig geacht dan kort na de ontdekking van het strafbare feit. Er bestaat niet een vaste termijn voor het genoemde tijdsverloop, maar de

³⁶³ Het heterdaadbegrip speelt niet enkel een rol in een artikel 53-situatie, maar bijvoorbeeld ook in het geval van de – bijna nooit toegepaste – rechterlijke bevelen ter handhaving van de openbare orde. Zie art. 540 Sv.

³⁶⁴ *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 97.

³⁶⁵ *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 97. Aldus ook De Pinto 1882, p. 98: ‘De exceptionele wijze van procederen bij ontdekking op heeter daad [...] worden gerechtvaardigd daardoor, dat bij ontdekking op heeter daad eene vergissing bijna niet mogelijk of denkbaar is, en er dus weinig of geene vrees bestaat, dat een onschuldige daardoor zal getroffen worden’.

³⁶⁶ Van Heijnsbergen 1925, p. 237.

tijdspanne zal veelal worden ingevuld door de omstandigheden van het geval.³⁶⁷ Indien er geen sprake meer is van een heterdaadsituatie, biedt de aanhoudingsbevoegdheid van artikel 54 Sv fiducia. Deze aanhoudingsbevoegdheid buiten heterdaad staat echter niet voor burgers open, maar kan in beginsel enkel worden uitgeoefend door de officier van justitie.

In de wet wordt aan een ieder de bevoegdheid toegekend om in een heterdaadsituatie de verdachte aan te houden. Een onderscheid tussen opsporingsambtenaren en burgers wordt in artikel 53 lid 1 Sv dus niet gemaakt. De vraag rijst desondanks of de invulling van het heterdaadbegrip afhankelijk gesteld moet worden van de persoon die de aanhouding verricht. Oftewel, geldt voor burgers een ander heterdaadbegrip dan voor opsporingsambtenaren? Een pleidooi daarvoor is te lezen in het preadvies van Van der Does de Willebois.³⁶⁸ Hij stelt dat de bevoegdheid tot aanhouding beperkt dient te worden tot het geval van *betrapping* op heterdaad. Enkel indien de burger een verdachte tersluiks waarneemt, zou een burgerarrest zijn toegestaan. Een ruimere aanhoudingsbevoegdheid, waarin ook de situatie dat de dader reeds gevloden is in het heterdaadbegrip wordt vevat, zou zijns inziens kunnen leiden tot misbruik. Bovendien wordt er volgens deze preadviseur in de praktijk amper gebruikgemaakt van het ruimere 'ontdekken' bij een burgeraanhouding. Van der Hulst houdt eenzelfde pleidooi, zij het op andere gronden. Op grond van de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis, waarin de ratio achter de heterdaadbevoegdheid gezien wordt in het licht van de kleine kans op dwaling, stelt Van der Hulst dat het burgerarrest in beginsel beperkt dient te worden tot een situatie van *betrapping*. De aanhoudingsbevoegdheid terstond nadat een feit is begaan, is in zijn ogen voorbehouden aan opsporingsambtenaren, aangezien 'de direct waarneembare relatie tussen het feit en de vermoedelijke dader minder evident kan zijn dan in het geval van 'betrapping'.'³⁶⁹ Een ruimer heterdaadbegrip, zo zou gezegd kunnen worden, kan ertoe leiden 'dat die zekerheid somtijds meer de absolute onzekerheid nabij komt'.³⁷⁰ Dat moge zo zijn, maar of dat voldoende is om een beperkter regime te voeren in het geval van het burgerarrest? De wet spreekt in ieder geval van het ruimere begrip 'ontdekking'. Uit de wetsgeschiedenis valt echter steun te halen voor een andere toepassing van het heterdaadbegrip bij het burgerarrest ten aanzien van de 'reguliere'

³⁶⁷ Zie bijv. HR 17 mei 1949, *NJ* 1949/553, waarin de heterdaadsituatie (van een inbeslagnemingsbevoegdheid ingevolge art. 96 Sv) ruim een etmaal liep en HR 3 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:AB8562, *NJ* 1993/291, waarbij een voortdurend delict zo dikwijls als geconstateerd wordt dat de situatie (nog) bestaat, als een ontdekking op heterdaad wordt beschouwd. Zie nader Naeyé 1990, p. 54-56.

³⁶⁸ Van der Does de Willebois 1909, p. 141.

³⁶⁹ Van der Hulst, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. 2010, art. 53 Sv, aant. 4. Vgl. Immink 1895, p. 21 en 22, die eveneens de aanhoudingsbevoegdheid bij *betrapping* op heterdaad koppelt aan de zekerheid van de schuldige, maar daarin geen aandacht besteedt aan een eventueel onderscheid tussen opsporingsambtenaren en burgers.

³⁷⁰ Van Giffen 1883, p. 11.

aanhoudingsbevoegdheid van opsporingsambtenaren. Het heterdaadbegrip kan worden herleid tot artikel 168 lid 1 van de Grondwet van 1815, waarin de gronden voor voorlopige hechtenis werden genoemd. Daarin werd niet gesproken over de ontdekking op heterdaad, maar over betraping ('op heeter daad'). In het Wetboek van Strafvordering 1838 werd het heterdaadbegrip dan ook beperkt uitgelegd.³⁷¹ Een beperking tot betraping in het geval van een aanhouding buiten de rechtbank om leidde tot praktische bezwaren. Opsporingsambtenaren waren te zeer gebonden aan de beperkte aanhoudingsbevoegdheid. Dit resulteerde er in dat het heterdaadbegrip werd opgerekt.³⁷² In zoverre is de verruiming van het heterdaadbegrip van betraping naar ontdekking terug te voeren op de positie van opsporingsambtenaren. Voor burgers daarentegen is die uitbreiding niet per definitie begrijpelijk. De genoemde 'gebondenheid' had betrekking op de positie van opsporingsambtenaren, maar een ruimer heterdaadbegrip voorziet niet in een behoefte van burgers om meer ruimte te krijgen om aan te houden. Deze wetshistorische verkenning geeft steun aan de gedachte dat het heterdaadbegrip in het geval van een burgerarrest beperkt dient te worden uitgelegd. Desondanks is de veronderstelde beperking in de jurisprudentie nog niet erkend.³⁷³ Dat is in het licht van de wettekst verklaarbaar – het gaat immers om één wettelijke definitie waarin geen onderscheid wordt gemaakt tussen de positie van burgers en de overheid –, maar op grond van de voornoemde argumenten lijkt een andere interpretatie van het heterdaadbegrip aangewezen. Het risico op misbruik, de grotere kans op vergissingen en de historische achtergrond van het heterdaadbegrip, rechtvaardigen mijns inziens een beperktere interpretatie van artikel 127 Sv, zodat een burgerarrest enkel is toegestaan in het geval van een betraping op heterdaad.

Het tweede kernbegrip dat in artikel 53 lid 1 Sv wordt genoemd is de bevoegdheid om de verdachte *aan te houden*. Deze bevoegdheid ziet op 'de aanhouding ter voorgeleiding, d.w.z. ter geleiding voor organen van justitie of politie'.³⁷⁴ Het aanhouden ziet dus op een kortstondige vrijheidsbeneming, waarbij de verdachte

³⁷¹ Art. 38 Sv 1838. Hoewel het heterdaadsbegrip daarin ruimer werd omschreven dan art. 168 Gw 1815, werd de omschrijving beperkt gelezen. Zie Uit Beijerse 1998, p. 97.

³⁷² Uit Beijerse 1998, p. 100.

³⁷³ Vgl. HR 8 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4301, waarin twee casinomedewerkers een zich verdacht gedragende persoon hadden overgebracht naar een aparte ruimte. Vervolgens hadden zij de verdachte aan twee opsporingsambtenaren overgedragen. Het cassatiemiddel richtte zich op de verwerping door het hof van het verweer dat de aanhouding van de verdachte door de medewerkers onrechtmatig was en daarom moet leiden tot bewijsuitsluiting. Het Hof Amsterdam had geoordeeld dat het handelen van de casinomedewerkers niet als een burgerarrest kon worden geduid, omdat 'er geen sprake van een ontdekking op heterdaad was'. Deze redenering lijkt onzuiver. Immers, er was nog steeds sprake van een burgerarrest, alleen deze aanhouding was – aangezien niet voldaan was aan het heterdaadvereiste – onrechtmatig. Ook A-G Knigge stelde dat het hof zich hier in minder gelukkige woorden had uitgelaten, maar dat het hof waarschijnlijk bedoelde dat niet de voorwaarden uit art. 53 Sv was voldaan. De Hoge Raad liet het veroordelend vonnis van het hof dan ook in stand.

³⁷⁴ *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 77.

wordt overgebracht naar een plaats waar hij verhoord kan worden.³⁷⁵ Dit doel van voorgeleiding komt naar voren in het vierde lid van het onderhavige artikel. Daarin wordt de aanhouder (zijnde een burger) opgedragen de verdachte ‘onverwijld aan een opsporingsambtenaar’ over te dragen. Voor deze opsporingsambtenaar geldt de fictie dat hij zelf deze verdachte heeft aangehouden. Dit betekent dat conform artikel 53 lid 3 Sv de opsporingsambtenaar de verdachte moet overdragen aan de (hulp)officier van justitie en hij niet bevoegd is om (naar eigen inzicht) de verdachte vrij te laten.³⁷⁶ Indien de burger de aangehoudene niet overdraagt aan de politie, kan dit leiden tot een veroordeling op grond van wederrechtelijke vrijheidsberoving. Zo werd een boer die een spelend kind op zijn erf opsloot in een schuur en hem enige tijd vasthield veroordeeld op basis van artikel 282 Sr.³⁷⁷ Een beroep op artikel 53 Sv kwam de boer volgens de Hoge Raad niet toe, onder andere omdat hij geenszins van plan was om het jongetje aan de politie over te dragen. Interessant in deze casus is dat het ging om een 9-jarige jongen. Artikel 486 Sv staat in dat geval aan een strafrechtelijke vervolging in de weg. Nu een strafrechtelijke vervolging is uitgesloten, rijst de vraag of in de hiervoor besproken situatie de aanhoudingsbevoegdheid uit artikel 53 Sv kan worden toegepast. Een antwoord hierop ligt besloten in artikel 487 lid 1 Sv. Dit artikel opent de mogelijkheid om dwangmiddelen toe te passen tegen twaalfminners, zodat het strafbaar geachte gedrag kan worden beëindigd. Artikel 53 Sv is daaronder inbegrepen. Op grond van artikel 487 lid 1 jo. 61 Sv kan de jeugdige vervolgens voor maximaal zes uur worden opgehouden voor onderzoek. Zodoende staat het wettelijk kader niet in de weg aan een burgerarrest van een twaalfminner. Voor de praktijk lijkt mij van belang dat grote terughoudendheid is geboden in deze situatie.³⁷⁸ Nu het gaat om zeer jonge personen, zal de toepassing van het betreffende dwangmiddel snel in strijd zijn met de proportionaliteitstoets. Desondanks is, zoals gezegd, de aanhouding van een twaalfminner door een burger in een heterdaadsituatie niet per definitie onrechtmatig.

Om de aanhoudingsbevoegdheid te kunnen effectueren, kan een burger op grond van artikel 55 lid 1 Sv elke plaats betreden, zij het dat een woning zonder toestemming van de bewoner en de plaatsen genoemd in artikel 12 Awbi zijn uitgesloten van deze betredingsbevoegdheid. Dit laatstgenoemde artikel sluit een burgerarrest bijvoorbeeld uit in de ruimten waarin terechtzittingen worden gehouden, gedurende de terechtzitting. Hoewel artikel 55 lid 1 Sv spreekt over de ‘plaatsen, genoemd in artikel 12’, lijkt het aannemelijk om de bevoegdheid tot betreden enkel te ontfemen in het geval van bijeenkomsten in de in artikel 12 Awbi genoemde plaatsen en niet tot deze plaatsen in het algemeen.³⁷⁹ Tot 1994 werd verwezen naar ‘de tijden in dat artikel [het toenmalige

³⁷⁵ Naeyé 1990, p. 75.

³⁷⁶ Blok & Besier I 1925, p. 188.

³⁷⁷ HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9912, NJ 1988/324.

³⁷⁸ Zie ook *Kamerstukken II* 1955/56, 4 141, nr. 3, p. 16 en 17.

³⁷⁹ Zie nader Mevis 1989, p. 335-342, m.n. p. 336.

equivalent van artikel 12 Awbi, EM] aangegeven'.³⁸⁰ Hoewel deze specifieke verwijzing tegenwoordig ontbreekt, zijn in de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten te vinden voor een andere interpretatie.³⁸¹ Overigens gelden de voornoemde beperkingen enkel voor een aanhouding door burgers; opsporingsambtenaren zijn gerechtigd elke plaats te betreden.³⁸²

Bij de toepassing van artikel 53 Sv door een burger moeten de eventueel op grond van artikel 95 Sv inbeslaggenomen voorwerpen, zoals de buit van een diefstal, onverwijld aan de opsporingsambtenaar worden afgegeven.³⁸³ Deze inbeslagnemingsbevoegdheid is beperkter dan de inbeslagnemingsbevoegdheid van opsporingsambtenaren. In het algemeen geldt dat enkel voorwerpen die verband houden met de verdenking die tegen de aangehouden persoon bestaat in beslag mogen worden genomen.³⁸⁴ Opsporingsambtenaren kunnen echter met een beroep op voortgezette toepassing van hun opsporingsbevoegdheid ook andere goederen in beslag nemen – mits deze bevoegdheid gegrond is op een wettelijke bevoegdheid –, waardoor de beperkte inbeslagnemingsbevoegdheid van artikel 95 Sv omzeild kan worden.³⁸⁵ In 2015 is een wetsvoorstel ingediend om de reikwijdte van artikel 95 Sv te beperken tot opsporingsambtenaren en de overige bij de wet aangewezen functionarissen.³⁸⁶ De formele inbeslagname wordt in dit wetsvoorstel overgelaten aan de opsporingsambtenaar aan wie de bij de verdachte aangetroffen voorwerpen worden overgedragen. Deze wijziging is ingegeven door de formaliteiten die in acht moeten worden bij de inbeslagneming. Volgens de indieners van het wetsvoorstel is het efficiënter als burgers niet betrokken zijn bij de formele procedure tot inbeslagneming en de daaruit voortvloeiende procedures tot teruggave en bewaring.³⁸⁷

Tot slot kan worden opgemerkt dat burgers onbevoegd zijn de verdachte te fouilleren. Artikel 56 Sv stelt een onderzoek aan lichaam of kleding uitsluitend open voor opsporingsambtenaren.³⁸⁸ Daarmee is de inbeslagnemingsbevoegdheid voor burgers enkel mogelijk voor (1) voorwerpen die in verband staan met het op heterdaad

³⁸⁰ Gewijzigd bij Wet van 22 juni 1994, *Stb.* 1994, 573.

³⁸¹ Vgl. art. 76 lid 1 WvSv BES, waarin de oorspronkelijke verwijzing nog steeds te vinden.

³⁸² Art. 55 lid 2 Sv. Voor het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner is op grond van art. 2 lid 1 Awbi een machtiging vereist.

³⁸³ Art. 53 lid 4 Sv.

³⁸⁴ Vellinga-Schootstra 1982, p. 65.

³⁸⁵ Vgl. HR 2 december 1935, *NJ* 1936/250 m.nt. Pompe.

³⁸⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 159.

³⁸⁷ Zie bijv. art. 94b Sv. Zie nader *Kamerstukken II* 2014/15, 34 159, nr. 3, p. 25.

³⁸⁸ Vgl. HR 8 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3292, *NJ* 2006/136, waarin de onrechtmatige fouillerende door een burger niet leidde tot strafvermindering, omdat deze fouillerende de verdachte geen nadeel heeft opgeleverd waarvoor strafvermindering op zijn plaats is. In de uitspraak van het Hof Amsterdam 20 december 1984, ECLI:NL:GHAMS:1984:AC8645, *NJ* 1985/321 leidde de onrechtmatige fouillerende tot bewijsuitsluiting. De angst dat de gefouilleerde mogelijk een wapen op zak had deed aan dat oordeel niet af, aldus het hof.

ontdekte strafbare feit en (2) welke de verdachte aan de burger vrijwillig overdraagt of in beslag kunnen worden genomen zonder fouillering. Bij deze laatste voorwaarde kan gedacht worden aan voorwerpen die de verdachte in zijn handen heeft. De aanhoudende burger mag dus niet op zoek gaan naar een eventueel gestolen goed.

2.4 Dwang

Om de hiervoor besproken aanhoudingsbevoegdheid daadwerkelijk te effectueren, zal in bepaalde gevallen dwang aan de zijde van de aanhouder noodzakelijk zijn. Met de vraag hoe ver die dwang in het geval van een burgerarrest reikt, bevinden we ons in een grijs gebied. De wet noch de wetsgeschiedenis biedt hiervoor voldoende houvast. Artikel 53 Sv spreekt over de bevoegdheid tot aanhouden, maar het artikel zwijgt over de manier waarop die bevoegdheid kan worden uitgeoefend. Ook in andere bepalingen ontbreken duidelijke handvatten over de mate van geweld die is toegestaan bij de uitoefening van dit dwangmiddel. Dit staat in schril contrast met het wettelijk geregelde proportionaliteits- en subsidiariteitskader voor politieagenten, dat in artikel 7 lid 1 en 5 Polw 2012 is vastgelegd.³⁸⁹ Enige mate van dwang zal voor burgers in ieder geval aanvaardbaar zijn. Wat behelst anders de aan burger toegekende aanhoudingsbevoegdheid, indien daar niet enige dwang bij komt kijken?³⁹⁰ De aannahme van onder anderen Keulen en Knigge dat de burger ook gepast geweld mag gebruiken in het geval van een burgerarrest, is dan ook aannemelijk.³⁹¹ Drie uitspraken – alle drie van het Hof Den Haag – geven meer helderheid over de mate van dwang die een burger mag uitoefenen bij de aanhouding van een verdachte.³⁹²

Het Hof Den Haag moest zich in 2012 uitspreken over het al dan overschrijden van de proportionaliteitsgrenzen tijdens een burgerarrest.³⁹³ Na afloop het muzikfestival Beatstad weigerde één van de gasten het vip-gedeelte van het festivalterrein te verlaten. Na enig aandringen verliet deze persoon het terrein, om vervolgens het reeds afgesloten gedeelte opnieuw te betreden. Vervolgens werd hij – daar hij hevig geagiteerd was en zich verzette tegen verwijdering – in een nekklem gelegd door een particuliere beveiliging. De politie werd gealarmeerd en kwam enige tijd later ter plaatse. Nadat de persoon geboeid werd en de surveillant zijn dienstauto dichterbij had geplaatst om hem gemakkelijker naar het politiebureau te geleiden, bleek hij geen

³⁸⁹ Zie ook Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren, *Stb.* 1994, 275, waarin nadere voorschriften omtrent de toepassing van geweld worden gegeven. Zie nader Verbruggen & Vegter 2014.

³⁹⁰ Aldus ook Rb. Almelo 26 maart 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BA1450.

³⁹¹ Keulen & Knigge 2010, p. 314.

³⁹² Vgl. Bervoets & Eijgenraam 2014, p. 28 en 35-37 voor een overzicht van jurisprudentie inzake particuliere beveiligers.

³⁹³ Hof Den Haag 2 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV2646.

hartslag meer te hebben. Na een reanimatie overleed het slachtoffer enige tijd later. De particuliere beveiligers die de nekklem had uitgevoerd en twee andere beveiligers werden door het Openbaar Ministerie vervolgd. Zowel de rechtbank als het hof kwamen tot het oordeel dat het handelen van de verdachte en zijn medeverdachten op zichzelf gerechtvaardigd was, gegeven de situatie van dat moment. De verdachte had echter, aldus het hof, aanmerkelijk onvoorzichtig en onoplettend gehandeld door zich niet te vergewissen van de toestand van het latere slachtoffer. Het hof veroordeelde de beveiliger tot 100 uur werkstraf wegens dood door schuld, aanzienlijk lager dan de 10 maanden deels onvoorwaardelijke gevangenisstraf die de rechtbank hem had opgelegd.³⁹⁴

Hetzelfde hof had het jaar daarvoor een arrest gewezen over een portier van een feestcafé.³⁹⁵ De portier had glasgerinkel gehoord en vervolgens een groep personen zien wegrennen en -fietsen. Tevens constateerde hij dat een ruit van de terrasafscheiding was gesneuveld. Enige tijd later trof een andere portier het latere slachtoffer aan. Hij sommeerde hem mee te gaan naar het café om de schade af te handelen. De persoon weigerde en verzette zich tegen de aanhouding. Dit leidde tot een worsteling. De portier die de vernieling had geconstateerd was inmiddels ter plaatse gekomen en heeft vervolgens geholpen om de persoon met geweld aan te houden. Twee portiers werden vervolgd voor het openlijk en in vereniging plegen van geweld ingevolge artikel 141 Sr. Het hof oordeelde in de strafzaak tegen de portier die later ter plaatse was gekomen dat de verdachte een redelijk vermoeden van schuld kon hebben dat het slachtoffer schuldig was aan de vernieling. Volgens het hof waren er geen alternatieven voor het toegepaste geweld en stonden de handelingen in een redelijke verhouding tot het doel van het burgerarrest. De verdachte werd daarom ontslagen van alle rechtsvervolging.

Het Hof Den Haag moest zich ook uitspreken over de aanhouding door een pizzeria-eigenaar die vervolgd was voor het bedreigen van een persoon.³⁹⁶ De eigenaar was benaderd door iemand die hem een eerder bij de pizzeria gestolen brommer te koop aanbood. Contact met de politie over de ontstane situatie deed hem besluiten op het aanbod in te gaan. De overdracht mislukte echter, omdat de verkoper er vandoor ging met het geld en de brommer. Uiteindelijk wist de pizzeria-eigenaar de dief te achterhalen en met de suggestie dat hij een pistool bij zich had wist hij de overvaller te bewegen om naar de politie mee te gaan. Dit leidde tot een vervolging van de eigenaar op grond van artikel 285 Sr (bedreiging met een levensdelict). Gegeven de nogal afwachtende houding van de politie en de redelijke middelen die de verdachte heeft aangewend, ontsloeg het hof de verdachte van alle rechtsvervolging. Deze drie zaken

³⁹⁴ In tegenstelling tot de rechtbank spreekt het hof twee andere beveiligers vrij, omdat niet vast is komen te staan dat zij op enige wijze onoplettend of onvoorzichtig zijn geweest.

³⁹⁵ Hof Den Haag 9 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2462.

³⁹⁶ Hof Den Haag 4 juli 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AD4273, *NJ* 2001/512.

illustreeren dat dwang in het geval van een burgeraanhouding is toegelaten, maar dat de proportionaliteits- en subsidiariteitsgrenzen in het oog moeten worden gehouden. Deze grenzen worden in de literatuur onderschreven.³⁹⁷ Daarmee toont, in ieder geval op papier, het afwegingskader gelijkenissen met de ruimte tot geweldsaanwending die politieagenten op grond van de wet hebben.³⁹⁸ Van een analoge toepassing kan volgens Naeyé echter geen sprake zijn. Zo stelt hij dat gegeven het beperkte doel van de bijdrage van de burger, zijnde het niet onttrekken van de verdachte aan de opsporing, het geweld dat particulieren mogen toepassen beperkter moet blijven dan dat opsporingsambtenaren in eenzelfde situatie mogen aanwenden.³⁹⁹ Hoewel de burger in zijn ogen zich niet mag spiegelen aan de politie en terughoudendheid dus geboden is, sluit dit het gebruik van geweld geenszins uit. De aanhoudende burger mag de mate van geweld wel aanpassen aan de mate van verzet tegen het burgerarrest, mits dit ertoe leidt dat de verdachte kan worden overgedragen aan de politie, aldus Naeyé.⁴⁰⁰ Een particulier mag een verdachte bijvoorbeeld vastgrijpen om weg te leiden.⁴⁰¹ Ook Bleichrodt plaatst de geweldsbevoegdheid in het licht van het doel van de aanhouding. Indien en voor zover het doel van het onverwijld overdragen aan een opsporingsambtenaar door dwang kan worden bereikt, mag de burger op grond van artikel 53 Sv proportioneel geweld toepassen.⁴⁰²

Het is vaak deze proportionaliteitstoets, anders dan het burgerarrest op zichzelf, die in de jurisprudentie tot discussie leidt. In het Beatstad-arrest was het bijvoorbeeld de toepassing van de bevoegdheid tot handelen die volgens het hof onaanvaardbaar was. Welke mate van geweld vervolgens als proportioneel valt te duiden, is niet op voorhand te zeggen. Zo kan de *Garantenstellung* de nodige kleur geven bij de beantwoording van deze vraag.⁴⁰³ De standaard zinsnede dat 'de omstandigheden van het geval leidend zijn', lijkt dan ook de enige duidelijkheid die in dit kader te bieden valt. Zo betreft het hof in de uitspraak over de pizzeria-eigenaar de afwachtende houding van de politie in het oordeel omtrent de strafbaarheid van de verdachte. Die benadering staat niet op zichzelf. In de Beatstad-zaak had de rechtbank zich kritisch uitgelaten

³⁹⁷ Zie bijv. Machielse 1986, p. 560-563 en Bleichrodt 2010, p. 12.

³⁹⁸ Zie het eerder aangehaalde art. 7 lid 1 en 5 Polw 2012.

³⁹⁹ Naeyé 1990, p. 120.

⁴⁰⁰ Naeyé 2011, p. 220.

⁴⁰¹ Blok & Besier I 1925, p. 184.

⁴⁰² Bleichrodt 2010, p. 12. Aldus ook Machielse 1986, p. 561.

⁴⁰³ Zie bijv. Rb. Roermond 2 december 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BG6201, r.o. 10.3, waarin wordt overwogen 'dat verdachte in diens functie als beveiligder een persoon is op wie het publiek vertrouwt en dat van hem mag worden verwacht dat zich beheerst en zich niet schuldig maakt aan strafbare feiten'.

over het trage optreden van de politie.⁴⁰⁴ Daarin klinkt de verwantschap tussen het burgerarrest en de taak van de politie door. De aanhoudingsbevoegdheid van burgers moet immers niet gezien worden als een zelfstandige bevoegdheid, maar juist als een afgeleide van de aanhoudingsbevoegdheid van opsporingsambtenaren, teneinde de verdachte naar een plaats van verhoor over te brengen. In de literatuur wordt dan ook gesproken over een vorm van zaakwaarneming of over het ‘bevriezen’ van de situatie in afwachting van de komst van opsporingsambtenaren.⁴⁰⁵ Dit verklaart waarom de verdachte conform artikel 53 lid 4 Sv onverwijld dient te worden overgedragen aan een opsporingsambtenaar. Op die manier verleent een burger, zoals eerder gezegd, een bijdrage aan de opsporing.

Dit dienstbare karakter van het burgerarrest verklaart de aversie die vervolging van de aanhouder (zoals in de hiervoor behandelde uitspraken) soms oproept. Zo stelt Machielse dat het Openbaar Ministerie te snel de neiging heeft om dergelijke zaken voor de rechter te brengen.⁴⁰⁶ Naeyé leidt uit de jurisprudentie af dat een burger bij de toepassing van artikel 53 Sv eerder wordt vervolgd dan een politieambtenaar. Ook wordt volgens Naeyé het aanhoudingsgeweld door burgers zwaarder bestraft, wanneer men dit afzet tegen dwang door opsporingsambtenaren.⁴⁰⁷ Of dergelijke algemene vaststellingen gerechtvaardigd zijn, kan worden betwijfeld. Er zijn ook uitspraken voorhanden waarin opsporingsambtenaren vanwege aanhoudingsgeweld worden vervolgd.⁴⁰⁸ Bovendien is een vergelijking tussen beide categorieën problematisch, omdat gebleken is dat de positie van burgers wettelijk gezien grotendeels afwijkt van de juridische positie van opsporingsambtenaren. Verbruggen en Vegter wijzen er daarnaast op dat het werk van opsporingsambtenaren op zichzelf al gerelateerd is aan geweld.⁴⁰⁹ Wat betreft de aanwending van geweld lijken politieagenten dan ook niet op een lijn gezet te kunnen worden met burgers. Dat neemt niet weg dat Naeyé de vinger op de zere plek legt. Wat kan en wordt er van burgers verwacht in een dergelijke heterdaadsituatie? Artikel 53 Sv geeft hierover onvoldoende uitsluitsel. Om die reden wordt in de volgende paragraaf verkend welke bescherming een burger in dit kader geniet.

⁴⁰⁴ Rb. Den Haag 18 februari 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH3330, BH3331 en BH3332, r.o. 3.3 spreekt van ‘niet duidelijk en weinig doortastend’ optreden van de verbalisanten. In het vonnis van het Hof Den Haag zijn dergelijke uitlatingen over het handelen van de opsporingsambtenaren niet terug te vinden.

⁴⁰⁵ Bleichrodt 2010, p. 10; Van der Hulst, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. 2010, art. 53 Sv, aant. 8 en Naeyé 2010, p. 11.

⁴⁰⁶ Van Vollenhoven & Buruma 2007, p. 41 en 42.

⁴⁰⁷ Naeyé 2010, p. 15.

⁴⁰⁸ Zie bijv. HR 17 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0042, *NJ* 1988/809; Hof Den Haag 29 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ4550; Rb. Den Haag 23 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18257; HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1334, *NJ* 2015/271 en Rb. Limburg 17 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6059.

⁴⁰⁹ Verbruggen & Vegter 2014, p. 182.

2.5 Juridische bescherming voor de burger

Naast artikel 53 Sv zijn er drie bepalingen aan te wijzen die in meer of mindere mate bescherming bieden bij de toepassing van de aanhoudingsbevoegdheid door burgers. Ten eerste kan gewezen worden op artikel 180 Sr. Daarin is het verzet tegen een ambtenaar (werkzaam in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening) strafbaar gesteld. Iemand die zich door geweld of met bedreiging van geweld verzet tegen een burgerarrest, kan niet op basis van artikel 180 Sr gestraft worden. Toch kan onder omstandigheden wederspansnigheid tegen een burger strafbaar gedrag opleveren. Artikel 180 Sr strekt zich ook uit tot personen die bijstand verlenen aan een opsporingsambtenaar. Voor een 'zuivere' artikel 53-situatie waarbij een burger zelf – zonder een verzoek tot bijstandverlening – een verdachte aanhoudt, biedt dit artikel geen bescherming. De burger in een heterdaadsituatie wordt dan ook enkel onder bepaalde omstandigheden beschermd.⁴¹⁰

De beperkte strafbaarstelling van het verzet tegen een burger in een heterdaadsituatie biedt nog geen rechtvaardiging voor het gebruik van geweld aan de zijde van de aanhoudende burger. Noodweer(-exces) biedt daartoe als strafuitsluitingsgrond wel een mogelijkheid.⁴¹¹ Bij noodweer is er sprake van afweert tegen onrecht. Noodweer wordt daarbij vooral gezien als een vorm van rechtsverdediging en rechtsordehandhaving.⁴¹² Dit karakter van noodweer verschilt van dat van het burgerarrest. Het burgerarrest draagt bij aan de handhaving van de rechtsorde, maar het betreft in veel mindere mate een vorm van rechtsverdediging. Het doel van de toepassing van artikel 53 Sv is om de aangehoudene onverwijld over te dragen aan een opsporingsambtenaar, terwijl het bij noodweer gaat om de bescherming van eigen of andermans lijf, eerbaarheid of goed. Naeyé stelt dan ook kort en bondig: 'Burgerarrest is geen noodweer.'⁴¹³ Dat neemt niet weg dat er veel gelijkenissen bestaan tussen beide leerstukken. Zo vindt noodweer haar oorsprong in het optreden tegen een belager wanneer de Staat dat niet kan.⁴¹⁴ Ook bij het burgerarrest wordt het handelen van de burger gebillijkt vanwege het niet kunnen optreden van de overheid.⁴¹⁵ Tevens speelt de angst tot misbruik in beide bepalingen een rol. Zo rees bij noodweer de vraag of de bepaling niet tot oneigenlijk gebruik zou kunnen leiden, maar ook bij het burgerarrest werd de vraag opgeworpen of de bepaling in misbruik van de situatie kon resulteren.⁴¹⁶ Belangrijker is echter dat een

⁴¹⁰ Bij de in art. 183 Sr genoemde uitzondering wordt in §5 van dit hfd. stilgestaan.

⁴¹¹ Art. 41 Sr.

⁴¹² Machielse 1986, p. 523-531; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 313 en De Hullu 2015, p. 317. Zie ook HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, r.o. 3.3. Vroeger werd noodweer voornamelijk gezien als een uitvloeisel van het (natuur)recht om zichzelf in stand te houden. Zie Maris & Jacobs 1997, p. 85.

⁴¹³ Naeyé 2011, p. 217.

⁴¹⁴ Rink 1874, p. 3.

⁴¹⁵ Uit Beijerse 1998, p. 97.

⁴¹⁶ Resp. Smidt I 1891, p. 407 en Van der Does de Willebois 1909, p. 141.

– rechtmatig – aanhoudende burger die in een heterdaadsituatie wordt geconfronteerd met verzet, zowel een beroep op noodweer (artikel 41 Sr) als op een rechtmatige aanhouding (artikel 53 Sv) kan doen. Een beroep op noodweer(-exces) van de aanhouder staat veelal open, omdat artikel 41 Sr spreekt van verzet tegen een ‘wederrechtelijke aanranding’. Hierdoor is overigens uitgesloten dat de persoon die zich verzet tegen een burgerarrest een beroep kan doen op artikel 41 Sr, omdat de aanhouder de rechtmatige aanhoudingsbevoegdheid van artikel 53 Sv uitoefent.⁴¹⁷ Onder omstandigheden kunnen een aanhoudingssituatie en een noodweersituatie dus samenvallen. Kwakman noemt de bepalingen zelfs complementair aan elkaar.⁴¹⁸ Een dergelijke overlap tussen beide situaties is echter geen vanzelfsprekendheid. Indien een bewoner bijvoorbeeld geconfronteerd wordt met een inbreker, is hij bevoegd deze persoon aan te houden op grond van artikel 53 Sv. De huisvredebreuk is immers op heterdaad ontdekt. Dit in artikel 138 Sr neergelegde recht valt echter niet onder een ‘goed’ in de zin van artikel 41 Sr.⁴¹⁹ Nu in een dergelijke situatie evenmin sprake hoeft te zijn van een onmiddellijk dreigend gevaar voor een aanranding van de in de noodweerbepaling beschermde rechtsgoederen, zal een burger in dat geval geen succesvol beroep kunnen doen op noodweer(exces). De bescherming van deze burger schiet daarmee niet tekort – een beroep op psychische overmacht is bijvoorbeeld denkbaar⁴²⁰ –, maar dit voorbeeld plaatst de verhouding tussen noodweer en het burgerarrest wel in een ander perspectief. In het algemeen wordt namelijk aangenomen dat in een noodweersituatie ingrijpendere maatregelen mogen worden genomen dan in een aanhoudingssituatie.⁴²¹ Volgens Machielse is de reden hiervoor gelegen in het doel dat in beide situaties wordt nagestreefd. In artikel 53 Sv staat in mindere mate het beëindigen van wederrechtelijk gedrag centraal dan in de noodweerbepaling.⁴²² Zodoende is de bescherming van een burger in een aanhoudingssituatie ruimer indien de burger een beroep toekomt op de noodweerbepaling. Het is van belang om op te merken dat een noodweersituatie in beginsel een veel kortere periode duurt dan de aanhoudingsbevoegdheid. Illustratief is een uitspraak van de Rechtbank Den Bosch.⁴²³ De verdachte betrapte een inbreker en achtervolgde hem tot buiten de woning. Daar werd hij geconfronteerd met een

⁴¹⁷ Zie bijv. Rb. Haarlem 24 augustus 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB2289. Vgl. HR (concl. A-G Hartevelt) 28 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:65, nr. 3.7, omtrent de positie van opsporingsambtenaren die buiten de rechtmatige uitoefening van hun bediening treden.

⁴¹⁸ Kwakman 2012.

⁴¹⁹ HR 14 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1015, NJ 1998/662 en HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, r.o. 3.3.

⁴²⁰ Zie bijv. Rb. Noord-Holland 10 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ6826.

⁴²¹ Zie nader Machielse 1986, p. 560-563.

⁴²² Machielse 1986, p. 562. Zie bijv. Rb. Gelderland 2 juli 2013, ECLI:NL:RBGELD:2013:1412: ‘Verdachttes bedoeling om aangever aan te houden, is niet een doel dat door de noodweer-bepaling beoogd wordt te beschermen. Aanhouding is immers uit zijn aard een actieve handeling en geen verdedigingsmiddel.’

⁴²³ Rb. Den Bosch 24 december 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7155.

tweede inbreker, die door een andere persoon werd overmeesterd. Vervolgens is deze inbreker door de verdachte geslagen. Volgens de rechtbank was hierbij sprake van noodweerexces en voor dit feit werd de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging. Vervolgens heeft de verdachte het slachtoffer de woning ingebracht, hem gedwongen zijn kleren uit te trekken, het slachtoffer opnieuw geslagen en hem anderhalf uur opgesloten in een woning en schuur. De rechtbank oordeelt hierover: 'Blijkens de verklaring van [...] heeft verdachte [slachtoffer] ook geslagen in de woning. Er was op dat moment geen sprake meer van een noodweer- of noodweerexcessituatie. Het tegen [slachtoffer] gebruikte geweld was gelet op de ongelijke machtsverhouding tussen verdachte en [slachtoffer] – [slachtoffer] was ontkleed en er waren nog ten minste twee andere personen in de woning – niet noodzakelijk om te voorkomen dat die [slachtoffer] zich aan de aanhouding zou onttrekken. Verdachte had immers na de aanhouding van [slachtoffer] de politie moeten bellen. Voor de mishandeling in de woning is ontslag van alle rechtsvervolging niet aan de orde.' In deze overweging staat de strafvorderlijke bevoegdheid tot aanhouding centraal. De rechtbank hecht immers waarde aan het overdragen van de inbreker aan de politie, waarin het toetsingskader van artikel 53 Sv herkend kan worden. De ruimere bescherming van artikel 41 Sr kwam de verdachte onder de gegeven omstandigheden niet toe. De verdachte wordt onder meer voor gijzeling en mishandeling veroordeeld tot een gevangenisstraf.

In de jurisprudentie en in de literatuur wordt desondanks niet altijd een strikt onderscheid tussen artikel 41 Sr en artikel 53 Sv gemaakt.⁴²⁴ Door sommigen wordt dit als problematisch ervaren. Zo stelt Naeyé dat een beroep op noodweer in een artikel 53-situatie in de weg staat aan de verdere rechtsontwikkeling van het burgerarrest.⁴²⁵ Ook Ten Voorde vraagt aandacht voor het dogmatisch onderscheid, maar pleit met name voor een herbezinning op de grenzen en reikwijdte van noodweer.⁴²⁶ Kwakman stelt daarentegen dat eventueel geweld door een insluiper bij een burgerarrest voldoende gedekt wordt door de noodweer(exces)bepaling.⁴²⁷ Gebleken is dat de aanhoudende burger onder omstandigheden een beroep kan doen op artikel 41 Sr. Veelal is deze overlap van tijdelijke aard, omdat de noodweersituatie veelal korter duurt. De bescherming die artikel 41 Sr bij de toepassing van een burgerarrest biedt is zodoende beperkt.

Tot slot kan de burger in de uitoefening van zijn aanhoudingsbevoegdheid bescherming vinden in artikel 42 Sr. Het burgerarrest wordt in die optiek gezien als de uitvoering van een wettelijk voorschrift, waardoor het plegen van een strafbaar feit door

⁴²⁴ Zie bijv. Van Giffen 1883, p. 21 en 22 en Rb. Almelo 19 oktober 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB6018. Vgl. HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0094 en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 54.

⁴²⁵ Naeyé 2010, p. 8.

⁴²⁶ Ten Voorde 2013, p. 596 en 597.

⁴²⁷ Kwakman 2012, p. 118.

een burger in een artikel 53-situatie niet strafbaar wordt geacht. Deze suggestie van onder meer De Hullu wordt door de meeste auteurs afgewezen.⁴²⁸ Artikel 42 Sr zou zien op een plicht tot handelen. Zoals eerder aangegeven houdt artikel 53 Sv voor burgers niet een dergelijke plicht in. Volgens De Hullu kunnen ook bevoegdheden onder het bereik van artikel 42 Sr vallen, maar hij merkt daarbij zelf op dat het dan waarschijnlijk moet gaan om een ‘taakstellende’ bevoegdheid.⁴²⁹ Daar lijkt bij de toepassing van artikel 53 Sv door burgers geen sprake van te zijn. Het betreft immers een vrijblijvend, niet taakstellend voorschrift. Bovendien is de bescherming die artikel 42 Sr mogelijk biedt beperkt. Het wettelijk voorschrift waar deze rechtvaardigingsgrond in dit geval betrekking op heeft (artikel 53 Sv) ziet enkel op het aanhouden van de verdachte en de daaraan gekoppelde beperkt toegestane dwang. Zodoende ‘dekt’ artikel 42 Sr de wederrechtelijke vrijheidsbeneming en niet de toepassing van dwang die de mate van dwang die artikel 53 Sv mogelijk maakt overschrijdt.⁴³⁰

Uit dit overzicht blijkt dat een duidelijke grondslag voor geweldgebruik door burgers in de wet ontbreekt. De bescherming die de wet biedt is in voorkomende gevallen slechts beperkt (artikel 53 Sv en 180 Sr), is niet toegesneden op een burgerarrest (art. 41 Sr), of er wordt betwijfeld of het wel een rechtvaardiging voor dwang inhoudt (artikel 42 Sr). Dit zette sommige auteurs ertoe om met voorstellen te komen waardoor de aanhoudende burger meer beschermd zou worden. Zo doet Naeyé de suggestie om een specifieke rechtvaardigingsgrond voor proportioneel aanhoudingsgeweld bij een burgerarrest op te nemen.⁴³¹ Bleichrodt ziet meer heil in een uitbreiding van artikel 180 Sr, zodat alle burgers (en niet alleen burgers die op verzoek van een in een in rechtmatig uitoefening van zijn bediening werkzame ambtenaar bijstand verleent) beschermd worden tegen wederspanningheid. Zodoende ziet Naeyé meer in het straffeloos verwerpen, terwijl Bleichrodt inzet op strafbaarheid van de persoon die zich tegen een rechtmatige aanhouding verzet. Per saldo beogen beide voorstellen hetzelfde: het voorzien in een ogenschijnlijke lacune in de rechtspositie van de aanhoudende burger.

Volgens Naeyé kan een separate rechtvaardigingsgrond burgers meer beschermen in een aanhoudingssituatie. Daartoe heeft hij de volgende wetsredactie voorgesteld:

⁴²⁸ De Hullu 2015, p. 339. Zie nader Machielse 1986, p. 561. Afwijzend: Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 333 en Naeyé 2010, p. 14.

⁴²⁹ De Hullu 2015, p. 339. Vgl. het door hem aangehaalde HR 13 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5936.

⁴³⁰ Zie ook de Novelle Cort van der Linden, *Kamerstukken II* 1900/01, 100, nr. 3, p. 4, waarin art. 42 Sr bij de toepassing van de aanhoudingsbevoegdheid de strafbaarheid ontnemt van art. 282 Sr (wederrechtelijke vrijheidsbeneming) en niet op de toepassing van geweld ziet.

⁴³¹ Naeyé 2013, p. 240.

‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat geboden door de noodzakelijke aanhouding van de verdachte.’⁴³² Deze bepaling is volgens de auteur aangewezen, omdat een duidelijke strafuitsluitingsgrond ontbreekt voor burgers die bij de toepassing van een burgerarrest proportioneel geweld toepassen. Hierbij is inspiratie opgedaan bij de noodweerbepaling. De voorgestelde wetsredactie vertoont door de woorden ‘geboden door de noodzakelijke’ immers gelijkenissen met artikel 41 Sr. Mijn bezwaar tegen dit voorstel richt zich op de veronderstelde meerwaarde die dit artikel biedt.⁴³³ Geconstateerd is dat artikel 53 Sv de mogelijkheid opent voor het aanwenden van enige mate van dwang. Indien de aanhoudende burger geconfronteerd wordt met geweld is – ook in mijn ogen – bescherming geboden. Van een lacune in de rechtspositie van de aanhoudende burger lijkt op dit punt echter geen sprake. Uit de besproken jurisprudentie komt naar voren dat de proportionaliteitstoets wordt meegenomen bij de beoordeling van aanhoudingsgeweld in een artikel 53-situatie. Ruimte voor een afweging over het specifieke karakter van een burgerarrest biedt dat niet, maar daarmee is de noodzaak om een dergelijke bepaling in het Wetboek van Strafrecht op te nemen nog niet aangetoond. ‘Burgermoed verdient niet alleen maatschappelijke waardering maar ook een solide juridische rugdekking’, aldus Naeyé.⁴³⁴ Ik sluit echter niet uit dat het enkele bestaan van een specifieke rechtvaardigingsgrond eigenrichting in de hand kan werken. Het burgerarrest is één van de weinige uitzonderingen op het geweldsmonopolie door de overheid.⁴³⁵ Mijns inziens moet hier terughoudend mee worden omgegaan. Bleichrodt merkt dan ook terecht op: ‘De grens tussen burgermoed en eigenrichting is gevoelsmatig groot, maar in de praktijk van alledag klein.’⁴³⁶ In de besproken jurisprudentie is dit ook naar voren gekomen. Door specifiek bescherming te

⁴³² Naeyé 2013, p. 240. Eerder had deze auteur de volgende wetsredactie voorgesteld: ‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een rechtmatige aanhouding.’ Zie Naeyé 2010, p. 15 en Naeyé 2011, p. 223 en 224.

⁴³³ De gekozen wetsredactie roept overigens ook vragen op. Onduidelijk is bijvoorbeeld hoe dit nieuwe artikel zich verhoudt met de bestaande strafuitsluitingsgronden. Staat een beroep op noodweerexces bijvoorbeeld open indien de proportionaliteitsgrens wordt overschreden? Thans bestaat hier ruimte voor, maar het door Naeyé beoogde scherpere onderscheid tussen de aanhoudings- en de noodweerbevoegdheid zou de bescherming voor de burger in die zin juist beperken.

⁴³⁴ Naeyé 2010, p. 20 en Naeyé 2011, p. 224.

⁴³⁵ Als andere uitzonderingen kunnen genoemd worden het recht op noodweer (art. 41 Sr) en in breder verband de in hfd. 2 §4.6 besproken discussie over het al dan niet toestaan van particuliere beveiligers op koopvaardijships.

⁴³⁶ Bleichrodt 2010, p. 11. Als voorbeeld kan gewezen worden op Rb. Zutphen 4 november 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK2024. Uit deze uitspraak valt af te leiden dat de verdachte met anderen een interventieteam had opgericht om op te treden voor de slachtoffers van levensbedreigende situaties. In dat kader had de verdachte twee vermeende loverboys op het oog. Door het team werd overgegaan tot een burgerarrest. De slachtoffers werd geboeid en in een auto gezet. Enige tijd later bleek in ieder geval een van de slachtoffers niet een loverboy te zijn. De verdachte werd onder andere veroordeeld voor wederrechtelijke vrijheidsberoving.

bieden aan de burger die de in artikel 53 Sv neergelegde bevoegdheid toepast, begeeft de overheid zich in mijn ogen dan ook op een te kwetsbaar terrein.⁴³⁷

Een betere bescherming van de burger in een artikel 53-situatie kan – zoals gezegd – ook gezocht worden in de strafbaarstelling van verzet tegen een burgerarrest. Naast de bescherming die de wet biedt door strafbaarstelling van bepaalde vormen van verzet,⁴³⁸ kan een verruiming van wederspanningheid door middel van de strafdreiging – in ieder geval in theorie – ook verzet tegen een burgerarrest beperken. De wens tot uitbreiding van artikel 18o Sr lijkt vooral voort te vloeien uit het feit dat zowel burgers als politieambtenaren bijdragen aan een effectieve rechtshandhaving. Op grond hiervan zou de reikwijdte van artikel 18o Sr niet afhankelijk gesteld moeten worden van wie de artikel 53-bevoegdheid uitoefent, aldus Bleichrodt.⁴³⁹

De wetsgeschiedenis verduidelijkt de keuze van de wetgever om wederspanningheid tegen burgers niet strafbaar te stellen. In de memorie van toelichting bij artikel 18o Sr valt te lezen: ‘Niet de persoon des ambtenaars, maar de ambtenaar als zoodanig, wanneer, waar en zoolang hij is het orgaan van de wet, vereischt de bijzondere bescherming der strafwet.’⁴⁴⁰ Om die reden wordt ook enkel de ambtenaar die werkzaam is in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening beschermd.⁴⁴¹ In de Titel waaronder artikel 18o Sr is gerubriceerd komt dit ook tot uitdrukking. Het gaat om misdrijven tegen het openbaar gezag. De strafbaarstelling van wederspanningheid kan dan ook gezien worden als een vorm van eerbiediging van het gezag van (in de regel) politieagenten.⁴⁴² De wetgever heeft niet beoogd om personen te beschermen, maar juist om eerbiediging van de functie die opsporingsambtenaren bekleden af te dwingen. Dat burgers geen beroep kunnen doen op artikel 18o Sr, is in dit licht begrijpelijk. Van een belemmering van de ‘werking der organen van het staatsgezag’ is bij verzet tegen een burgerarrest immers geen sprake.⁴⁴³ Dit bezwaar kan ondervangen worden door

⁴³⁷ Zie ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 54 over de motie waarin de minister van Justitie verzocht werd om ‘te bevorderen dat vervolging van de bedoelde burgers [die de aanhoudingsbevoegdheid uit art. 53 Sv toepassen, EM] in beginsel geen prioriteit meer heeft voor het opsporingsapparaat’. Deze motie werd verworpen, onder meer omdat het risico bestond dat burgers een ‘vrijbrief’ kregen om geweld aan te wenden in een dergelijke situatie. Zie *Handelingen II* 2002/03, nr. 18, p. 1066 en *Handelingen II* 2002/03, nr. 31, p. 2240.

⁴³⁸ Zo kan het verzet tegen een burgerarrest bijvoorbeeld een veroordeling op basis van mishandeling (art. 300 Sr), of (poging tot) zware mishandeling ((art. 45 jo.) art. 302 Sr) opleveren. Zie ook Van Hamel 1886/1887b, p. 178 en 179.

⁴³⁹ Bleichrodt 2010, p. 12 en 13.

⁴⁴⁰ Smidt II 1891, p. 170.

⁴⁴¹ Vgl. HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1423, *NJ* 2014/121 m.nt. Schalken.

⁴⁴² Ook op andere plekken in het Wetboek van Strafrecht hebben de politie en haar ambtenaren een bijzondere positie. Zo is belediging van de politie (als openbare instelling) of een ambtenaar in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening geen klachtdelict (art. 269 jo. 267 sub 1 en 2 Sr), terwijl belediging van een niet-opsporingsambtenaar wel een klachtdelict is (art. 269 Sr).

⁴⁴³ Smidt II 1891, p. 164.

de wederspanning een plek te geven in Titel XX: Mishandeling.⁴⁴⁴ Deze wijziging zou als een tegemoetkoming kunnen worden gezien aan de burger voor het risico dat hij loopt door bij te dragen aan de opsporing.⁴⁴⁵ Het is echter de vraag of een dergelijke wijziging wenselijk is. Aan de aanhoudingsbevoegdheid is inherent dat controle op het handelen van de burger pas achteraf mogelijk is. Het optreden van burgers in het kader van de strafvordering brengt om die reden risico's mee. Zo kunnen vragen ontstaan over de proportionaliteit van de aanhouding, bijvoorbeeld indien het strafbare feit niet in verhouding stond tot de toepassing van artikel 53 Sv of omdat het beoogde strafvorderlijke doel – te weten het overbrengen van de verdachte naar de plaats van verhoor – ook op een andere manier bewerkstelligd kon worden. Bovendien benadrukt Machielse dat zelfs een betrapping op heterdaad niet '100% uitsluitel' geeft over de vraag of 'de persoon die men wil aanhouden inderdaad het geconstateerde strafbaar feit heeft gepleegd'.⁴⁴⁶ De (beperkte) reikwijdte van artikel 180 Sr kan dan ook niet los worden gezien van de onzekerheid die de toepassing van de aanhoudingsbevoegdheid meebrengt. De aanhoudende burger is uiteraard niet vogelvrij – het commune strafrecht geeft voldoende aanknopingspunten voor bescherming –, maar het enkele verzet tegen een burgerarrest zou naar mijn mening niet direct tot strafrechtelijke aansprakelijkheid moeten leiden.

Met het oog op het voorgaande concludeer ik dat een verdere bescherming dan burgers thans genieten zich niet lijkt te verhouden met de noodzaak tot controle, de wettelijke systematiek en de daaraan gerelateerde wetsgeschiedenis. De sleutel ligt mijns inziens vooral in de handen van het Openbaar Ministerie.⁴⁴⁷ Het beleid van het Openbaar Ministerie is erop gericht om met enige coulance om te gaan met geweldsaanwending in een heterdaadsituatie.⁴⁴⁸ Dit klinkt ook door in de richtlijn Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer.⁴⁴⁹ Het ligt dan ook in de rede om de bescherming van de burger in een heterdaadsituatie door middel van richtlijnen vorm te geven, in plaats van in te zetten op een ruimere wettelijke bescherming. Met dergelijke richtlijnen kan recht gedaan worden aan de onverwachte en stressvolle situatie waarin een dergelijke burger zich kan bevinden, zonder dat nadelige effecten de overhand krijgen.

⁴⁴⁴ Vgl. Van Hamel 1886/1887a, p. 23 en 24.

⁴⁴⁵ Zie bijv. Hof Den Haag 13 januari 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AV4652 en HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1609. Het risico dat burgers lopen kan allicht het in de literatuur gesignaleerde geringe aantal burgerarresten verklaren. Zie Corstens & Borgers 2014, p. 424.

⁴⁴⁶ Machielse 1986, p. 562.

⁴⁴⁷ Zie ook minister van Justitie Donner in *Handelingen II* 2002/03, nr. 18, p. 1078.

⁴⁴⁸ Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2002/03, nr. 299.

⁴⁴⁹ Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer van 13 december 2010, *Stcrt.* 2010, 20474, waarin terughoudendheid met betrekking tot aanhouding van de betrokkene in een noodweersituatie wordt voorgeschreven. Op de bescherming die deze aanwijzing biedt is de nodige kritiek geleverd. Zie bijv. Brouwer & Van de Laar 2011 en Bleichrodt & De Doelder 2013, m.n. p. 19 en 20.

3. Bijzondere opsporingsbevoegdheden⁴⁵⁰

Het Wetboek van Strafvordering opent naast de hiervoor besproken dwangmiddelen andere mogelijkheden voor burgers om bij te dragen aan de opsporing. In Titel VA van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering zijn enkele bijzondere opsporingsbevoegdheden gerubriceerd waarin burgers een belangrijke rol spelen. In deze Titel worden achtereenvolgens het stelselmatig inwinnen van informatie door burgers (artikel 126v en 126zt Sv), burgerinfiltratie (artikel 126w, 126x en 126zu Sv), burgerpseudokoop en -dienstverlening (artikel 126ij, 126z en 126zu Sv) geregeld. Het karakter van deze regelingen wijkt af van de eerder behandelde dwangmiddelen die aan burgers zijn toegekend. Ging het bij die laatste categorie om een vorm van burgeronderzoek, in het geval van de artikelen 126v-126z en 126zt-126zu Sv betreft het een door de overheid geïnstigeerde bijdrage van burgers aan de opsporing. Het opschrift van Titel VA spreekt dan ook over ‘bijstand aan opsporing door burgers’.⁴⁵¹ Gegeven de samenwerking tussen overheid en burger in de opsporing, verdienen de wettelijk geregelde vormen van burgerbijstand afzonderlijk, maar ook in samenhang bezien nadere aandacht. Deze typen burgerbijstand worden in deze paragraaf belicht.

Evenals de andere bijzondere opsporingsbevoegdheden is de regeling omtrent burgerbijstand opgedeeld in drie domeinen, waarvoor telkens een ander verdenkingscriterium geldt. Zo is de regeling van burgerinfiltratie geregeld in de artikelen 126w, 126x en 126zu Sv. Het laatstgenoemde artikel ziet op een overeenkomst tot burgerinfiltratie in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Artikel 126x Sv ziet op organisaties waarbij sprake is van een vermoeden van georganiseerde criminaliteit, terwijl artikel 126w Sv van toepassing is bij een verdenking van misdrijven als omschreven in artikel 67 lid 1 Sv die een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. Afgezien van het verdenkingscriterium, vertonen deze artikelen veel gelijkenissen met elkaar. Om die reden is ervoor gekozen om in de lopende tekst te verwijzen naar de eerst gerubriceerde opsporingsbevoegdheid. Wanneer de artikelen inhoudelijk uiteenlopen wordt dit vermeld.

3.1 De plaats in het bestel

Vóór de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (hierna: de Wet BOB) ontbrak er een duidelijke wettelijke grondslag voor het inzetten van burgers ten behoeve van de bijstand aan de opsporing. In het voorgaande hoofdstuk is naar voren gekomen dat er tot de invoering van de Wet BOB evenmin een wettelijk kader

⁴⁵⁰ Delen van deze paragraaf zijn gepubliceerd in Bleichrodt & Moerman 2013 en Moerman 2015.

⁴⁵¹ Zie ook het opschrift van Titel VC: ‘Bijstand aan opsporing van terroristische misdrijven door burgers’.

bestond voor het optreden van de politie in de zogeheten ‘voorfase van de opsporing’. De politie bediende zich van buitenwettelijke opsporingsmethoden, waardoor de controle op dit handelen werd bemoeilijkt. De onduidelijkheid die dit gebrekkige kader aan de opsporingspraktijk gaf, klonk door in de jurisprudentie. Een helder juridisch kader voor niet-wettelijk geregelde opsporingsmethoden ontbrak.⁴⁵² In de literatuur werd daarom aangedrongen op een wettelijke normering.⁴⁵³ Reeds in het begin van de vorige eeuw was gewaarschuwd voor een te sterke opsporingspraktijk door de politie, maar het duurde tot de Commissie-Van Traa voordat deze tekortkoming in het strafvorderlijke systeem belicht werd.⁴⁵⁴ De wetgever trachtte in 2000 met de invoering van de Wet BOB een adequate normstelling te bieden.⁴⁵⁵ Hiermee kwam er een grondslag voor veel opsporingshandelingen die zich tot dan toe in de juridische schemerzone afspeelden. Gekozen werd voor een verankering van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering, zodat duidelijk naar voren kwam dat deze bevoegdheden enkel ingezet konden worden ten behoeve van *concrete opsporingsdoeleinden*.⁴⁵⁶

Voor de verwezenlijking van dergelijke opsporingsdoeleinden is in bepaalde gevallen de inzet van burgers in de opsporing noodzakelijk. Dat bepaalde typen burgerbijstand met de Wet BOB een specifieke plaats in de wet hebben gekregen, wordt in de memorie van toelichting verklaard door de risico’s die bestaan bij het inschakelen van burgers bij de opsporing en de mate van privacy die in het geding is.⁴⁵⁷ Beide motieven worden niet verder uitgewerkt, maar kunnen geplaatst worden in het beoogde systeem dat de wetgever voor ogen had. De wetgever koos, conform de eerder aangehaalde betekenis van artikel 1 Sv, voor de bescherming van grondrechten als leidend criterium voor de vraag of een (bijzondere) wettelijke grondslag nodig was. De vormen van burgerbijstand die met de Wet BOB wettelijk genormeerd zijn, maken een inbreuk op de privacy van burgers die het object zijn van de bijzondere opsporingsmethode. Zo kan door stelselmatige observatie een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands leven ontstaan.⁴⁵⁸ Dit maakt een wettelijke grondslag noodzakelijk. Naast dit privacyaspect werden risico’s genoemd die spelen bij de inschakeling van burgers in de opsporing. Deze risico’s zien voornamelijk op de beheersbaarheid van het inzetten van burgers. Zo bestaat het gevaar dat de bijstand verlenende burger misbruik van zijn positie maakt. Voorstelbaar is dat een burger die bijvoorbeeld afkomstig is uit

⁴⁵² Zie bijv. HR 1 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7774, *NJ* 1984/586 m.nt. Mulder en de in hfd. 2 §4.4.1 besproken schaduwarresten HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3770, *NJ* 1987/564 en HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3774, *NJ* 1988/511 m.nt. Van Veen.

⁴⁵³ Frielink 1990, p. 172-174.

⁴⁵⁴ *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 59 en 60 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 413. Vgl. Rozemond 1998, p. 147.

⁴⁵⁵ Wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245.

⁴⁵⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 3.

⁴⁵⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 44.

⁴⁵⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 26.

het criminele milieu enkel informatie doorspeelt om de concurrentie uit te schakelen. Dergelijk handelen voor eigen gewin schaadt de integriteit van de opsporing, zeker nu bij bepaalde typen burgerbijstand het plegen van strafbare feiten onder het gezag van de overheid tot de mogelijkheden behoort.⁴⁵⁹

In de genoemde voorwaarden wordt niet een rechtstreeks verband gelegd met de reikwijdte van het opsporingsbegrip. Dat is te verklaren vanuit het door de wetgever gehuldigde principe dat de regeling van bijzondere opsporingsmethoden niet uitputtend is geregeld.⁴⁶⁰ Het handelen van opsporingsambtenaren vereist dus niet in alle gevallen een specifieke wettelijke basis.⁴⁶¹ Uit de rechtspraak van de Hoge Raad valt af te leiden dat de betrokkenheid van burgers bij de opsporing evenmin een uitputtende regeling vereist.⁴⁶² In 2014 sprak de Hoge Raad zich bijvoorbeeld uit over de inzet van een Nigeriaanse dominee en een ervaringsdeskundige in een strafzaak rondom mensenhandel.⁴⁶³ Uit ervaring bleek dat de opsporing van mensenhandel werd bemoeilijkt door de geringe verklaringsbereidheid van vermeende slachtoffers. Om dit te doorbreken werd een verhoorprotocol opgezet, waarin burgers werden ingezet om de waarheidsvinding te dienen en om hulpverlening aan slachtoffers te bieden.⁴⁶⁴ Juridisch stond de vraag centraal of voor de inzet van deze burgers een wettelijke grondslag – die ontbrak – noodzakelijk was. Het hof (in navolging van de rechtbank) had deze vraag ontkennend beantwoord, omdat het doel van de bijdrage gelegen was in het wegnemen van belemmeringen ten aanzien van de verklaringsbereidheid. Deze vorm van begeleiding kon volgens het hof niet gezien worden als de inzet van burgers in een opsporingsonderzoek. Advocaat-generaal Bleichrodt stelde hiertegenover dat deze burgers waren ingezet in het kader van een onderzoek naar strafbare feiten, waarbij de opsporing als enige grondslag kon worden aangewezen.⁴⁶⁵ Daarbij vond hij de Hoge Raad aan zijn zijde, die het verhoorprotocol en de toepassing hiervan onder artikel 132a Sv schaarde.⁴⁶⁶ Aan dat oordeel lag waarschijnlijk ten grondslag dat het betreffende protocol strekt tot de waarheidsvinding ‘in het kader van het opsporingsbelang’,

⁴⁵⁹ Dit zal voornamelijk het geval zijn bij burgerinfiltratie (art. 126w en 126x Sv), burgerpseudokoop en -dienstverlening (art. 126ij en 126z Sv), hoewel ook bij burgerinformanten (art. 126v Sv) het plegen van strafbare feiten van geringe importantie onder omstandigheden duldbaar is.

⁴⁶⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 9.

⁴⁶¹ Zie ook hfd. 2 §4.4.1.

⁴⁶² HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, *NJ* 2012/159 m.nt. Schalken.

⁴⁶³ HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:477, *NJ* 2014/352 m.nt. Schalken.

⁴⁶⁴ HR (concl. A-G Bleichrodt) 4 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2013:2152, nr. 7, *NJ* 2014/352 m.nt. Schalken.

⁴⁶⁵ HR (concl. A-G Bleichrodt) 4 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2013:2152, nr. 9, *NJ* 2014/352 m.nt. Schalken.

⁴⁶⁶ HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:477, r.o. 2.5.1, *NJ* 2014/352 m.nt. Schalken.

waardoor artikel 132a Sv al snel in beeld komt.⁴⁶⁷ Vervolgens toetste de Hoge Raad de inzet van deze burgers aan de vraag of dit leidde tot een disproportionele inbreuk op de grondrechten van de verdachte en of het een opsporingsmethode betrof die zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.⁴⁶⁸ Beide vragen werden ontkennend beantwoord, waardoor de inzet van derden niet in strijd met de wet werd geacht.

Samengevat geven de volgende stappen een antwoord op de vraag of het handelen van burgers een specifieke wettelijke basis dient te hebben. Een ingang vormt de vraag of de inzet van derden plaatsvindt binnen een opsporingsonderzoek als bedoeld in artikel 132a Sv. Een ontkennend antwoord resulteert er via artikel 1 Sv in dat een dergelijke handeling niet 'bij de wet voorzien' hoeft te zijn, waardoor een grondslag in het Wetboek van Strafvordering niet is aangewezen. Vervolgens is relevant of de betreffende inzet van derden risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, dan wel een inbreuk maakt op grondrechten en vrijheden van burgers. Indien één van beide vragen positief wordt beantwoord, is een specifieke wettelijke grondslag noodzakelijk.

3.2 De positie van de bijstand verlenende burger

Nu de wetgever in 2000 een principiële keuze heeft gemaakt om wettelijk te verankeren dat burgers betrokken kunnen worden in de bijzondere opsporing, dient er ook een invulling te worden gegeven aan de rechtspositie van dit type burger. De invulling van deze rechtspositie zal veelal afhangen van de hierna nog nader te verkennen manieren waarop een burger bijstand verleent. Desondanks kunnen in algemene zin enkele inleidende opmerkingen gemaakt worden over de positie van de bijstand verlenende burger. Zo kan een burger die bijstand verleent aan de opsporing, onder omstandigheden beloond worden voor zijn bijdrage. Hoewel eerder is vastgesteld dat eigen gewin de integriteit van de opsporing kan ondermijnen, blijkt een beroep op de 'burgerplicht' om bij te dragen aan de opsporing niet altijd voldoende te zijn voor burgers om te participeren in de opsporing.⁴⁶⁹ Informanten, infiltranten, tipgevers, pseudokopers en -dienstverleners verlangen regelmatig een tegenprestatie voor hun bijdragen. Die mogelijkheid wordt geregeld in de Circulaire bijzondere opsporingsgelden.⁴⁷⁰ Burgers

⁴⁶⁷ HR (concl. A-G Bleichrodt) 4 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2013:2152, nr. 8, *NJ* 2014/352 m.nt. Schalken. De Hoge Raad wijst in HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:477, r.o. 2.5.1, *NJ* 2014/352 m.nt. Schalken in algemenere bewoordingen op het gegeven dat de inzet van deze burgers enerzijds strekte 'tot het verlenen van hulp en bijstand aan slachtoffers van mensenhandel' en anderzijds tot doel had 'het bevorderen van de waarheidsvinding'.

⁴⁶⁸ Vgl. HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, *NJ* 2012/159 m.nt. Schalken.

⁴⁶⁹ Vgl. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 3 en 4.

⁴⁷⁰ Circulaire bijzondere opsporingsgelden, *Stcrt.* 2014, 37536.

kunnen onder omstandigheden een financiële beloning krijgen voor de door hen verstrekte tips.⁴⁷¹ Het gaat daarbij om gunsten en niet om ‘deals’, aldus het Openbaar Ministerie.⁴⁷² Het geld wordt op verzoek van de betrokken hoofdofficier van justitie door de minister van Veiligheid en Justitie beschikbaar gesteld. Daarnaast kan de CI-officier van justitie een toezegging doen aan de informant, mits deze op het terrein ligt van de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie. De toezegging moet passen binnen het OM-beleid en moet eveneens kunnen worden waargemaakt. Indien de informant zelf verdachte is in de strafzaak waarover hij verklaart, is de situatie anders. Aan een zodanige informant zal geen tipgeld worden toegekend indien deze justitie informeert over strafbare feiten waarbij hij zelf betrokken is.⁴⁷³

De burger die participeert in de opsporing zal ervan uit mogen gaan dat hij voor zijn handelen niet vervolgd wordt. Daarvoor is het aangewezen dat vooraf duidelijk is welke strafbare feiten onder de bijdrage van de burger vallen. In de (civielrechtelijke) overeenkomst, welke met alle burgers die op basis van de Wet BOB bijstand verlenen wordt gesloten, zal dan ook zoveel mogelijk in detail de juridische speelruimte worden omschreven. Indien de overeenkomst bepaalde strafbare feiten ‘dekt’, zou de bijstand verlenende burger een beroep kunnen doen op het vertrouwensbeginsel.⁴⁷⁴ Indien het Openbaar Ministerie de verdachte toch vervolgt, kan dit in strijd komen met de beginselen van een goede procesorde. De Hoge Raad heeft overwogen dat de vervolgingsbeslissing ‘zich slechts in zeer beperkte mate’ leent voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing. ‘Slechts in uitzonderlijke gevallen [is, EM] plaats [...] voor een niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging op de grond dat het instellen of voortzetten van die vervolging onverenigbaar is met beginselen van een goede procesorde’. Een dergelijke uitzondering doet zich volgens de Hoge Raad voor ‘wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet nadat door het openbaar ministerie gedane, of aan het openbaar ministerie toe te rekenen, uitlatingen (of daarmee gelijk te stellen gedragingen) bij de verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen hebben gewekt dat hij niet (verder) zal worden vervolgd’.⁴⁷⁵ Een schriftelijke overeenkomst levert mijns inziens in voorkomende gevallen een voldoende grond op voor een dergelijk gerechtvaardigd vertrouwen. Mocht het Openbaar Ministerie desondanks zijn vervolgingsrecht behouden, dan kan de verdachte ook een beroep doen

⁴⁷¹ Tipgevers kunnen in aanmerking komen voor een beloning (art. 1 sub b Circulaire bijzondere opsporingsgelden, *Stcrt.* 2014, 37536). Informanten, burgerinfiltranten en burgerpseudokopers kunnen eveneens aanspraak maken op tipgeld (art. 1 sub a onder 1 Circulaire bijzondere opsporingsgelden, *Stcrt.* 2014, 37536).

⁴⁷² Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 208.

⁴⁷³ Art. 4 sub a Circulaire bijzondere opsporingsgelden, *Stcrt.* 2014, 37536.

⁴⁷⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 30, 32 en 37.

⁴⁷⁵ HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:513, *NJ* 2015/200 m.nt. Reijntjes; HR 26 april 2014, ECLI:NL:HR:2016:740 en HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:742. Hierbij wordt verwezen naar HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280, *NJ* 2013/109 m.nt. Schalken.

op de strafuitsluitingsgrond van artikel 43 Sr (uitvoering van een ambtelijk bevel).⁴⁷⁶ De bescherming die artikel 43 Sr biedt gaat uit van de veronderstelling dat een burger enkel strafbare feiten pleegt die zijn neergelegd in de overeenkomst. In de praktijk zal dit niet altijd het geval zijn. Een infiltrant kan bijvoorbeeld door omstandigheden gedwongen worden om strafbare feiten te plegen die niet zijn vastgelegd in de overeenkomst tot infiltratie. In dat geval benadrukt de wetgever dat vooraf mondeling toestemming kan worden gevraagd voor deze handeling. Indien dat niet mogelijk was, zal de officier van justitie moeten beoordelen of de gedragingen van de infiltrant aanvaardbaar waren in het licht van het infiltratietraject. Op basis hiervan kan hij besluiten om al dan niet tot vervolging over te gaan.⁴⁷⁷ Een vervolging zal in dat geval niet snel afstuiten op het vertrouwensbeginsel. Het enkele feit dat iemand als infiltrant optreedt, levert in het licht van de besproken jurisprudentie een onvoldoende grond op om te spreken van een gerechtvaardigd vertrouwen. Wel kan worden opgemerkt dat het Openbaar Ministerie terughoudend zal zijn met het optreden tegen ongerijmdheden die gedurende het door hem zelf begeleide traject hebben plaatsgevonden.⁴⁷⁸ Het Openbaar Ministerie zou dan de aandacht kunnen vestigen op eventuele eigen tekortkomingen. Of onder die omstandigheden een billijke vervolgingsbeslissing tot stand kan komen, is mijns inziens de vraag. In ieder geval mag de gebrekkige controle door het Openbaar Ministerie op het handelen van de bijstand verlenende burger op zichzelf niet bijdragen tot het oordeel dat het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsrecht verliest.⁴⁷⁹

3.3 De burgerinformant

3.3.1 Algemeen

Titel VA van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering vangt aan met een regeling omtrent het stelselmatig inwinnen van informatie door burgers. Het geven van ‘tips’ aan de politie betreffende de kennis over strafbare feiten is één van de meest klassieke vormen van bijdragen van burgers aan de opsporing. Artikel 126v Sv geeft invulling aan een specifiek type tipgever. In de kern ziet dit artikel op stelselmatige tipgevers die op basis van een overeenkomst informatie vergaren teneinde bijstand

⁴⁷⁶ Zie *Handelingen II* 1998/99, 24, p. 1541 en *Handelingen II* 1998/99, 27, p. 1876 over de discrepantie tussen de term bevel uit art. 43 Sr en de term overeenkomst uit de regeling van bijstand door burgers aan de opsporing. Het verschil in terminologie staat volgens de minister niet in de weg aan de toepasselijkheid van art. 43 Sr.

⁴⁷⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 32.

⁴⁷⁸ Vgl. Corstens 1974, p. 114 met diens reflectie op de al dan niet onafhankelijke positie van het Openbaar Ministerie ten aanzien van de vervolging van overheidsfunctionarissen, in het bijzonder de politie.

⁴⁷⁹ HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0613, *NJ* 2010/441 en HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0656, *NJ* 2010/442 beide m.nt. Schalken. Vgl. HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0655, *NJ* 2010/440 m.nt. Schalken, waarin de gebrekkige controle wel een factor was die de niet-ontvankelijkheid rechtvaardigde.

te verlenen aan de opsporing. Het gebruik van dit type informanten⁴⁸⁰ is in de jurisprudentie sinds lange tijd aanvaard.⁴⁸¹ Artikel 126v Sv vormt de enige specifieke wettelijke grondslag voor informanten. Deze grondslag geeft de regeling een betrekkelijk uniek karakter; waarom is voor dit type informant wel een wettelijke grondslag gegeven? Om dat te verklaren is het aangewezen om ook enige aan artikel 126v Sv gelieerde typen te bespreken. Dit betreffen de tipgever, de politie-, de TCI- en de AIVD-informant.

Bij deze categorieën informanten gaat het om personen die met ‘tips’ naar opsporingsambtenaren gaan. Deze tips houden in de regel een anonieme melding omtrent strafbare feiten in. Een scherp juridisch omlijnd kader ontbreekt voor de tipgever. De ‘tipgever’ is een term die in het Wetboek van Strafvordering niet voorkomt. In de regel komt de tipgever eenmalig en uit eigen beweging met informatie. Het initiatief voor het benaderen van de politie ligt bij de tipgever, die informatie, eventueel tegen betaling, ten behoeve van de opsporing aanbiedt. De overheid speelt met kliklijnen en opsporingsprogramma’s een faciliterende rol in het vergaren van tips. Overigens klinkt bij deze laatste categorie de in hoofdstuk 2 gesignaleerde verantwoordelijkheid dat het primaat van de opsporing bij de overheid ligt door: in de publiek-private samenwerking blijft het Openbaar Ministerie verantwoordelijk voor de inhoud van de opsporingsberichtgeving.⁴⁸²

De samenwerking tussen overheid en burger is bij informanten nog intensiever. Informanten worden in de regel begeleid (in jargon ‘runnen’ genoemd) door het Team Criminele Inlichtingen (hierna: het TCI⁴⁸³), hoewel ook het tactisch onderzoeksteam – gebruikmakend van de diensten van de afdeling Afgeschermd Operaties – informanten kan ‘runnen’. De juridische basis voor het ‘runnen’ van informanten volgt uit de algemene taakstelling van de politie ingevolge artikel 3 Polw 2012 en/of artikel 141 en/of 142 Sv en/of artikel 3 Wbo. Uit de (ingetrokken) Regeling bijzondere opsporingsgelden kunnen enkele kenmerkende elementen van het begrip ‘informant’

⁴⁸⁰ Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 204 merkt op dat naar de letter van de wet art. 126v Sv gaat over stelselmatige informatie-inwinning door *burgers* en niet door informanten. In de memorie van toelichting wordt daarentegen wel expliciet gesproken over informanten. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 44-46. Vgl. Bokhorst 2004, p. 81.

⁴⁸¹ Zie bijv. HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZDO328, *NJ* 1996/249 m.nt. Schalken. Zie nader Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 186.

⁴⁸² §8.2 Aanwijzing Opsporingsberichtgeving, *Stcrt.* 2009, 51. Zie nader hfd. 4 §6.2.

⁴⁸³ Art. 1 sub c Besluit verplichte politiegegevens, *Stb.* 2012, 465, geeft de volgende definitie van een criminele-inlichtingeneenheid: ‘een onderdeel van de regionale eenheid, van een landelijke eenheid als bedoeld in artikel 25, eerste lid, onderdeel b, van de Politiewet 2012 onderscheidenlijk van de rijksrecherche, belast met het, ten behoeve van de recherchefunctie, verwerken van gegevens die noodzakelijk zijn voor de opsporing van misdrijven als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel a, van de Wet politiegegevens [het beramen of plegen van misdrijven die een ernstige bedreiging van de rechtsorde inhouden, EM]’.

worden gedestilleerd.⁴⁸⁴ Een informant werd daarin als volgt omschreven: 'Een persoon die heimelijk aan een opsporingsambtenaar informatie verstrekt omtrent strafbare feiten, die door anderen zijn of worden gepleegd of verricht, welke verstrekking gevaar voor deze persoon of voor derden oplevert en die ingeschreven staat in het informantenregister van een opsporingsdienst.'⁴⁸⁵ Allereerst klinkt hierin het anonieme karakter van de informant door. Dit heimelijke karakter van het zijn van informant dient zowel het belang van de overheid als van de informant zelf. Ten eerste dient de veiligheid van de informant gewaarborgd te worden. Zonder de afscherming van de identiteit van de informant kan in voorkomende gevallen het leven van de informant gevaar lopen. Daarnaast heeft de overheid ook baat bij anonimiteit van de informant. Indien de identiteit van de informant bekend is, zal deze niet meer gemakkelijk aan nieuwe informatie kunnen komen. Daarmee zou de informant zijn toegevoegde waarde voor het opsporingsonderzoek verliezen. Dit verklaart ook waarom, indien de identiteit van de informant onverhoopt uitlekt, deze persoon wordt uitgeschreven uit wat als tweede kenmerkende element wordt genoemd: het informantenregister.⁴⁸⁶ Deze term wordt sinds de invoering van de Wet politiegegevens als zodanig niet meer gebruikt.⁴⁸⁷ Thans wordt gesproken van de verwerking van politiegegevens in de zin van artikel 12 Wpg. Deze politiegegevens dienen tot de controle op en het beheer van een informant, maar zien ook op de beoordeling en verantwoording van het gebruik van informantgegevens.⁴⁸⁸ Gedacht kan worden aan gespreksverslagen met informanten, of de antecedenten van de informant.⁴⁸⁹ Tot 2007 ontbrak een afzonderlijke voorziening voor het voeren van dergelijke registers. Tot die tijd diende artikel 5 Regeling CIE⁴⁹⁰ als enige grondslag. Deze basis werd in de evaluatie van de Wet politieregisters als te onduidelijk beschouwd, zeker gezien het feit dat de informantenregisters wel in de Regeling CIE werden genoemd, maar niet in de Wet (bijzondere) politieregisters.⁴⁹¹ De (toenmalige) Wet politieregisters normeerde inbreuken op de privacy van het onderzoekssubject. Zonder een specifieke grondslag voor informantenregisters zijn privacywaarborgen met betrekking tot het verwerken van deze informatie moeilijk te geven.⁴⁹² De Wet politiegegevens, als opvolger van de Wet bijzondere politieregisters, voorzag wel in een specifieke wettelijke grondslag.⁴⁹³ Hiermee werd getracht een vereenvoudigd en duidelijker werkkader te scheppen betreffende de informatieverwerking van

⁴⁸⁴ Regeling bijzondere opsporingsgelden, *Stcrt.* 2006, 39. Thans geldt de Circulaire bijzondere opsporingsgelden, *Stcrt.* 2014, 37536.

⁴⁸⁵ Art. 1 sub 5 Regeling bijzondere opsporingsgelden, *Stcrt.* 2006, 39.

⁴⁸⁶ Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 190.

⁴⁸⁷ Wet van 21 juli 2007, *Stb.* 2007, 300.

⁴⁸⁸ Art. 12 lid 1 Wpg.

⁴⁸⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 56.

⁴⁹⁰ De Criminele Inlichtingen Eenheid is de voorloper van het Team Criminele Inlichtingen.

⁴⁹¹ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 30 001, nr. 1, p. 98 en 107.

⁴⁹² Vgl. MacGillavry 2005, p. 386.

⁴⁹³ Wet van 21 juli 2007, *Stb.* 2007, 300.

informantengegevens.⁴⁹⁴ Die stroomlijning beperkte zich overigens niet tot het ‘runnen’ van individuele burgers. De Wet politiegegevens beoogde tevens een betere samenwerking met instanties buiten de strafrechtsketen te waarborgen.⁴⁹⁵ Zo werd het incidenteel en structureel verstrekken van informatie aan derden ook mogelijk met instanties – met het oog op een zwaarwegend algemeen belang – die geen publieke taak hebben, iets wat tot de invoering van de Wet politiegegevens was uitgesloten.⁴⁹⁶

3.3.2 Artikel 126v en 126zt Sv

Voor het gebruikmaken van informanten is onder bepaalde omstandigheden een overeenkomst op de voet van artikel 126v Sv vereist. Dit schriftelijke bevel tot stelselmatige inwinning van informatie kan voor maximaal drie maanden worden gegeven, welke termijn met eenzelfde periode kan worden verlengd.⁴⁹⁷ Het bevel vermeldt onder andere een aanduiding van de persoon omtrent wie informatie wordt ingewonnen.⁴⁹⁸ Het openingsartikel van Titel VA betreft in zekere zin een species van de hiervoor besproken groep informanten. Het is het door de overheid geïnstigeerde stelselmatige karakter van de informant, dat de artikel 126v-informant onderscheidt van informanten die gerund worden op een algemene taakstellende wettelijke grondslag. De stelselmatigheid ziet op de vraag of daardoor ‘een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands leven wordt verkregen’.⁴⁹⁹ Bepalend daarvoor is de duur, de intensiteit, de plaats, de frequentie, het doel en het al dan niet toepassen van een technisch hulpmiddel dat méér biedt dan alleen versterking van de zintuigen.⁵⁰⁰ Deze gezichtspunten laten de theoretische mogelijkheid open om een eenmalige observatie als stelselmatig te duiden, maar voor de praktijk lijkt mij die constatering irrelevant.⁵⁰¹ Zoals hierna zal blijken, is de Hoge Raad zeer terughoudend met het oordeel dat aan het criterium van stelselmatigheid is voldaan. Nu bovendien in die situatie het gezichtspunt ‘frequentie’ evenmin wijst op stelselmatigheid, levert

⁴⁹⁴ Zie ook art. 2:3 Bpolg over de verwerking, beheer en autorisatie van informantengegevens.

⁴⁹⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 2.

⁴⁹⁶ Art. 18-20 Wpg. Overigens is het omgekeerde ook denkbaar: navigatiebedrijf TomTom deelde – indirect – gegevens over autoritten met de overheid, waarop de politie haar verkeerscontroles afstelde. Zie ‘Tom-Tom data ook handig voor politie’, *NRC Handelsblad*, 27 april 2011, p. 29.

⁴⁹⁷ Art. 126v lid 4 jo. 126g lid 4 Sv. Het bevel tot stelselmatige inwinning van informatie kan bij dringende noodzaak mondeling worden gegeven, maar dient dan binnen drie dagen op schrift te worden gesteld. Zie art. 126v lid 4 jo. 126g lid 6 Sv.

⁴⁹⁸ Art. 126v lid 2 sub d Sv.

⁴⁹⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 26 en de brief van de minister van Justitie aan de voorzitter van de Vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer van 22 mei 2001, kenmerk 5095838/01/6.

⁵⁰⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 27. Het doel van de observatie heeft de Hoge Raad later toegevoegd aan dit rijtje. Zie HR 21 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5254.

⁵⁰¹ Reijntjes in zijn noot bij HR 16 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1341, *NJ* 1999/686 en Bokhorst 2004, p. 80 wijzen op de mogelijkheid om een eenmalige observatie als stelselmatig te classificeren.

een eenmalige observatie een sterke, zo niet doorslaggevende contra-indicatie op van dit criterium.⁵⁰²

Eerder in dit hoofdstuk werd de vraag opgeworpen waarom de artikel 126v-informant, in tegenstelling tot andere tipgevers, een wettelijke basis heeft gekregen. Buruma stelt dat de wetgever bij de regeling van de stelselmatige informant vooral een nadruk op het waarborgen van de privacy (van het onderzoekssubject) heeft willen leggen.⁵⁰³ In situaties waarin de privacy van het onderzoekssubject niet in het geding is, of indien de overheid niet sturend optreedt, voldoet een taakstellende bevoegdheid. Zo vond de wetgever dat artikel 3 Polw 2012 (toen nog: artikel 2 Polw 1993) een voldoende grondslag bood voor informanten die door hun ogen en oren open te houden aan informatie komen.⁵⁰⁴ De wetgever lijkt daarmee het verschil tussen stelselmatige en niet-stelselmatige informatie-inwinning grotendeels gelijk te trekken met de vraag of er wel (stelselmatig) of geen (niet-stelselmatig) inbreuk op de privacy heeft plaatsgevonden.⁵⁰⁵ Deze gelijkschakeling tussen de stelselmatigheid van de informatie-inwinning en een inbreuk op de grondrechten is niet zonder problemen. Zo hoeft een meer dan beperkte inbreuk op de privacy van een verdachte nog niet te betekenen dat daardoor een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands leven wordt verkregen. Toenmalig Tweede Kamerlid Kalsbeek-Jasperse noemde het voorbeeld van het observeren van een persoon die een bordeel bezoekt. Hoewel het voorstelbaar is dat bij een observatie een ernstige schending wordt gemaakt op iemands privacy, is het maar de vraag of hierdoor aan het criterium van stelselmatig wordt voldaan.⁵⁰⁶

Daarnaast is het de vraag of de term 'stelselmatig' voldoende onderscheidend vermogen heeft om recht te doen aan de geconstateerde inbreuk op de privacy. Het gebruik van deze term impliceert dat er een tweedeling gemaakt kan worden tussen de vraag of er wel of geen sprake is van een inbreuk op iemands privacy, terwijl deze twee mogelijkheden niet het gehele juridisch relevante palet beslaan. In het Zwolsman-arrest bepaalde de Hoge Raad immers dat algemeen taakstellende bepalingen ook volstaan bij geringe inbreuken op grondrechten. In de systematiek van de Wet BOB lijkt voor een dergelijke tussencategorie geen ruimte te bestaan; een inbreuk is een inbreuk, hoe gering ook. Het is daarom te verklaren dat in de memorie van toelichting doorklinkt dat een beperkte inbreuk op de privacy tot een meer concrete basis dan

⁵⁰² Zie ook Buruma 2001, p. 39 die stelt dat één incidentele ingrijpende waarneming niet snel als stelselmatig zal worden beoordeeld. Vgl. *Handelingen II* 1998/99, 98, p. 5696 over de invulling van de term stelselmatig in art. 285b Sr, dat onder andere 'meer dan eens' betekent.

⁵⁰³ Buruma 2001, p. 103. Vgl. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 44.

⁵⁰⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 8.

⁵⁰⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 7, p. 69.

⁵⁰⁶ *Handelingen II* 1998/99, 23, p. 1494. Zie ook HR (concl. A-G Knigge) 20 januari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BF5603, nr. 17-22, *NJ* 2009/225 en HR (concl. A-G Knigge) 13 november 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW9338, nr. 4.13-4.19, *NJ* 2013/413 beide m.nt. Borgers.

artikel 3 Polw 2012 noopt.⁵⁰⁷ Algemeen taakstellende bepalingen bieden een basis voor opsporingshandelingen die niet resulteren in een inbreuk op een grondrecht, aldus de minister.⁵⁰⁸ Beperkte inbreuken op de privacy zullen veelal door een rechter worden geconstateerd, waarna het volgens de minister aan de wetgever is om met een regeling te komen.⁵⁰⁹ Advocaat-generaal Machielse stelt dan ook dat ‘de wetsgeschiedenis [...] leert dat de genoemde bepalingen [de algemeen taakstellende bepalingen, EM] geen grondslag meer bieden voor inbreuken op de privacy, hoe licht ook.’⁵¹⁰ Fokkens en Kirkels-Vrijman menen daarentegen dat de wetgever geen wijziging van de lijn van de Hoge Raad voor ogen stond.⁵¹¹ Daarbij verwijzen zij naar het oorspronkelijke plan van de wetgever om een vangnetartikel op te nemen ‘dat zich in het bijzonder op die opsporingshandelingen richt die een geringe inbreuk op de privacy kunnen opleveren’.⁵¹² Vanwege kritiek op met name de strijdigheid met artikel 8 EVRM, werd besloten het artikel niet op te nemen in het uiteindelijke wetsvoorstel. Als alternatief koos de wetgever, aldus de voormelde auteurs, voor algemeen taakstellende bepalingen die beperkte inbreuken konden legitimeren. Daarbij baseren de genoemde auteurs zich op een passage uit de memorie van toelichting waarin te lezen is dat de inzet van informanten die tot een geringe inbreuk op de privacy leidt, op basis van artikel 2 Polw 1993 en 141 en 142 Sv kan worden gerund.⁵¹³ Die opmerking van de wetgever is contrair aan het ook door de wetgever gehuldigde uitgangspunt dat dergelijke geringe inbreuken *niet* op algemene taakstellende bepalingen kunnen worden gebaseerd. Toch betwijfel ik of daarmee de conclusie gerechtvaardigd is dat de wetgever de lijn van de Hoge Raad wil volgen. De memorie van toelichting lijkt op dit punt niet eenduidig. Als reden voor het weglaten van de vangnetbepaling wordt door de wetgever onder meer verwezen naar het risico dat van een restbepaling te ruim gebruik zou worden gemaakt.⁵¹⁴ Met dat argument lijkt mij de conclusie dat algemeen taakstellende bepalingen in dat geval volstaan onverenigbaar, daar in dat geval een dergelijk risico onverminderd aanwezig is. Vervolgens verwijst de wetgever naar een advies van de Registratiekamer, waarin het restartikel als ‘overbodig’ werd bestempeld.⁵¹⁵ Geringe schendingen van de privacy zouden volgens de Registratiekamer door een rechter aan algemeen taakstellende bepalingen getoetst kunnen worden. Daarbij zal de rechter zich moeten uitspreken over de vraag of dergelijke bepalingen voldoende specifiek zijn en voldoen aan de eisen van

⁵⁰⁷ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 12.

⁵⁰⁸ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 12 en 13.

⁵⁰⁹ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 12.

⁵¹⁰ HR (concl. A-G Machielse) 21 maart 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA5254, nr. 3.6. Aldus ook Rozemond 1998, p. 176.

⁵¹¹ Fokkens & Kirkels-Vrijman 2011, p. 120.

⁵¹² *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 13.

⁵¹³ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 114 en 115.

⁵¹⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 13.

⁵¹⁵ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 13.

voorzienbaarheid en kenbaarheid. In de memorie van toelichting wordt geconcludeerd: 'Tegen de achtergrond van deze overwegingen is ervoor gekozen het restartikel te laten vervallen.'⁵¹⁶ De gewenste duidelijkheid biedt deze conclusie niet. De wetgever lijkt op twee gedachten te hinken. Het advies van de Registratiekamer sluit aan bij het standpunt van Fokkens en Kirkels-Vrijman dat algemeen taakstellende bepalingen als grondslag kunnen dienen voor opsporingshandelingen die een beperkte inbreuk op de privacy maken, maar de wetgever lijkt ook te wijzen op 'zijn verantwoordelijkheid' om met een wettelijke regeling te komen indien opsporingsmethoden een beperkte inbreuk op de privacy te maken.⁵¹⁷ Ook om die reden biedt de term stelselmatigheid onvoldoende duidelijkheid, omdat deze terminologie onvoldoende helderheid biedt over hetgeen de wetgever voor ogen stond.

Deze onduidelijkheid liet ruimte voor de rechtspraak om de met het Zwolsman-arrest ingezette lijn door te zetten. De Hoge Raad overwoog in 2009 dat de opvatting dat elk gebruik van een warmtebeeldkijker waarbij de zich in de woning van de verdachte bevindende warmtebron wordt gemeten een zodanige inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte en dat het toenmalige artikel 2 Polw 1993 daarvoor geen grondslag kan bieden onjuist is.⁵¹⁸ Bij dit arrest was het nog onduidelijk of de Hoge Raad niet casseerde omdat niet elk gebruik van een warmtebeeldkijker een inbreuk op de privacy maakt, of omdat er wel een inbreuk was, maar deze slechts beperkt was en daardoor op een algemeen taakstellende bepaling kon worden gebaseerd. Uit een arrest uit 2012 lijkt te volgen dat de Hoge Raad de laatste lezing aanhoudt, wanneer hij overweegt dat indien een observatie niet een stelselmatig karakter heeft, 'kan de met het observeren samenhangende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer als zo beperkt worden beschouwd dat de algemene taakomschrijving van opsporingsambtenaren, neergelegd in art. 2 Politiewet 1993 en art. 141 Sv, daarvoor voldoende legitimatie biedt'.⁵¹⁹ Daarmee is het debat over de reikwijdte van de algemeen taakstellende bepalingen volgens annotator Borgers beslecht, aangezien de Hoge Raad toestaat dat opsporingshandelingen die een beperkte inbreuk op de privacy maken, op algemeen taakstellende bepalingen worden gebaseerd. Daarnaast valt uit het voornoemde arrest af te leiden dat het onderscheid tussen niet-stelselmatige en stelselmatige observatie samenvalt met het onderscheid tussen de vraag of er geen of slechts een beperkte inbreuk of een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is gemaakt.⁵²⁰ Deze koppeling doet recht aan de belangrijke positie van grondrechten in de Wet BOB, maar de gekozen terminologie is, zoals hiervoor is aangegeven, minder gelukkig. Het is om die reden aangewezen om te onderzoeken

⁵¹⁶ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 13.

⁵¹⁷ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 12. Zie ook *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 7, p. 69.

⁵¹⁸ HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF5603, *NJ* 2009/225 m.nt. Borgers.

⁵¹⁹ HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, *NJ* 2013/413 m.nt. Borgers.

⁵²⁰ Aldus ook Borgers, nr. 2 in zijn noot bij HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, *NJ* 2013/413.

hoe de rechtspraak omgaat met de verhouding tussen artikel 126v Sv en algemeen taakstellende bepalingen.

Rechters lijken de toepasselijkheid van de bepaling die ziet op het stelselmatig inwinnen van informatie vooral te zien in het licht van een mogelijke inbreuk op grondrechten van de burger. Of een bevel ingevolge artikel 126v Sv al dan niet nodig is wordt in de rechtspraak getoetst aan twee criteria. Allereerst wordt getoetst of door de inschakeling van informanten op stelselmatige wijze in de persoonlijke levenssfeer van de verdachte is binnengedrongen.⁵²¹ In deze toets staat de privacy – de grondslag van de regeling van artikel 126v Sv – centraal. Als tweede criterium geldt de vraag of er sprake was van actieve politiebemoeienis.⁵²² Zonder deze bemoeienis wordt de burger immers niet ingezet om bijstand aan de opsporing te verlenen. De enkele keer dat de rechter oordeelde dat er sprake was van stelselmatige inwinning van informatie, leidde het ontbreken van een artikel 126v-overeenkomst tot strafverlaging en niet tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.⁵²³ Uit de jurisprudentie komt het beeld naar voren dat niet snel wordt aangenomen dat een artikel 126v-overeenkomst is vereist.⁵²⁴ Deze vaststelling is niet geheel verrassend, omdat de Hoge Raad ook bij andere bepalingen een beperkte uitleg geeft aan het begrip ‘stelselmatig’.⁵²⁵ Bovendien wordt in de rechtspraak artikel 3 Polw 2012 ruim uitgelegd, waardoor teruggevallen kan worden op algemeen taakstellende bepalingen. Artikel 126v Sv speelt in de praktijk dan ook een marginale rol. Zo bedient het TCI zich niet van artikel 126v-informanten, terwijl de bepaling daarvoor wel lijkt te zijn bedoeld. De gewenste transparantie bij de inzet van stelselmatige tipgevers is met de invoering van artikel 126v Sv is dan ook niet bereikt. De vraag rijst of het aanbeveling verdient de huidige wetsredactie te herzien. Om die reden wordt hierna stilgestaan bij de belangen die spelen bij het al dan niet scharen van informanten onder artikel 126v Sv.

3.3.3 Anonimiteit: een verdeling van belangen en verantwoordelijkheden

Nu artikel 126v Sv ziet op een bijzondere categorie van een specifieke categorie tipgevers (te weten informanten), is het begrijpelijk dat het slechts een kleine kring van personen betreft. Dit is echter niet de reden dat er in de praktijk weinig gebruik wordt gemaakt van artikel 126v Sv.⁵²⁶ De reden daarvoor is gelegen in het natuurlijke

⁵²¹ Rb. Utrecht 18 april 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AB1151 en Hof Den Haag 12 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF0783.

⁵²² Hof Den Bosch 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH4425; Rb. Zwolle 4 juni 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BM6799 en Hof Amsterdam 22 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV1397.

⁵²³ Hof Den Bosch 9 mei 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD8152 en Rb. Amsterdam 21 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7707.

⁵²⁴ Zie onder meer Hof Leeuwarden 14 september 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AR7239; Rb. Den Haag 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12507 en Rb. Midden-Nederland 16 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:939.

⁵²⁵ Zie bijv. HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0004, NJ 2010/587.

⁵²⁶ Zie de (wat verouderde) gegevens van Kruisbergen & De Jong 2010, p. 128 en 129.

spanningsveld dat bestaat tussen de belangen van enerzijds de informant en anderzijds de overheid.⁵²⁷ Vanuit het perspectief van de overheid is het van belang dat informatie van informanten bruikbaar is als startinformatie of als bewijs in het strafproces. Onbruikbaarheid ontnemt elke toegevoegde waarde aan deze vorm van burgerbijstand. Informanten willen daarentegen niet boven het maaiveld uitsteken; anonimiteit is voor hen soms letterlijk van levensbelang. Zoals in de bespreking hierna zal blijken bestaat er een kans dat een artikel 126v-informant door een rechter wordt gehoord. De anonimiteit van de informant is dan moeilijker te waarborgen. Het is om die reden dat het TCI zich niet bedient van artikel 126v-informanten. Dit laat onverlet dat ook een TCI-informant als getuige kan worden opgeroepen. Het TCI probeert dit risico te verminderen door de standaardzinsnede: 'Dit proces-verbaal is niet bedoeld om te dienen als bewijsmiddel in een strafzaak' in zijn processen-verbaal op te nemen. Het beoogde gevolg hiervan is dat informatie die is aangeleverd door TCI-informanten enkel bruikbaar is als startinformatie en niet als bewijs. De afweging daaromtrent blijft echter te allen tijde in handen van de rechter.⁵²⁸

Andere bezwaren tegen de regeling van artikel 126v Sv waren meer van praktische aard. Zo was onvoldoende duidelijk welke informatie aan het procesdossier moest worden toegevoegd. Ook bestond onduidelijkheid over de informatie die tussen de CI-officier en de zaaksofficier moest worden gedeeld.⁵²⁹ De verantwoordelijkheid van de zaaksofficier over het opsporingsonderzoek brengt in ieder geval mee dat hij op de hoogte wordt gebracht van alle relevante TCI-activiteiten. De identiteit van de informant valt veelal niet onder deze informatie.⁵³⁰ Ook in dit kader wordt de anonimiteit van de informant bewaakt.

De frictie is duidelijk: hoe een balans te vinden tussen het waarborgen van anonimiteit en het bruikbaar houden van de vruchten van informanten? En welke rol speelt de verdediging die de betrouwbaarheid van dergelijke informatie zal willen toetsen? Een verkenning van deze belangen en verantwoordelijkheden tussen burger en overheid in het kader van anonimiteit en de bruikbaarheid van informatie is daarom aangewezen.

⁵²⁷ Vgl. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3600, *BNB* 2016/39 m.nt. Haas en HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3604 over een vergelijkbaar spanningsveld dat bestond tussen de overheid en een zwartspadder. Een tipgever had aan de overheid informatie gegeven over buitenlandse zwartspadders. De erven van één van de (vermeende) zwartspadders trachtte de identiteit van de tipgever boven tafel te krijgen. De overheid weigerde echter de identiteit van deze tipgever bekend te maken. Het hof oordeelde dat de betrouwbaarheid van de tipgever hierdoor niet kon worden getoetst en mede op grond hiervan vernietigde het hof de betreffende belastingaanslagen. Dit oordeel was volgens de Hoge Raad zonder nadere motivering, die ontbrak, niet begrijpelijk. De onzekerheid omtrent de betrouwbaarheid van de tipgever hoefde derhalve niet zonder meer tot vernietiging van de door belanghebbenden bestreden belastingaanslagen te leiden.

⁵²⁸ HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ8641, *NJ* 2010/246 m.nt. Schalken.

⁵²⁹ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 29 940, nr. 1, p. 18.

⁵³⁰ Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 184.

3.3.3.4 Processtukken

Een contradictoire strafprocedure vereist een deugdelijke garantie van interne openbaarheid.⁵³¹ Deze openbaarheid ziet op de kenbaarheid van de stukken, de behandeling en de beslissingen in de gehele procedure voor de procesdeelnemers.⁵³² Om Kafkaïaanse situaties te voorkomen is het noodzakelijk dat de verdediging kennis kan nemen van de processtukken. Tot de processtukken behoren alle stukken die voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn.⁵³³ Artikel 33 Sv speelt een sleutelrol in het waarborgen van de interne openbaarheid: de kennisneming van alle processtukken mag de verdachte niet worden onthouden zodra het vooronderzoek is afgerond. Het is zeer wel voorstelbaar dat informanteninformatie relevant is voor de op grond van artikel 348 en 350 Sv door de rechter te beantwoorden rechtsvragen. Openbaarmaking van dergelijke gegevens kan echter problematisch zijn, bijvoorbeeld indien openbaarmaking onaanvaardbare risico's inhoudt voor een tipgever.⁵³⁴ Het is daarom begrijpelijk dat van de eerdergenoemde hoofdregel van artikel 33 Sv kan worden afgeweken. De Straatsburgse jurisprudentie verzet zich hier niet tegen, mits onthouding strikt noodzakelijk is en de nadelen die de verdediging door de afscherming ondervindt gecompenseerd worden door de gevolgde gerechtelijke procedure.⁵³⁵

Tot 1 januari 2013 voorzag de wetgeving niet in een bepaling ter permanente afscherming van stukken waaruit de identiteit van een tipgever, informant of infiltrant bleek. Wel konden vragen die hierop zien worden belet.⁵³⁶ Tot die tijd bestond enkel de wettelijke mogelijkheid van een tijdelijke onthouding van stukken, maar dit bood logischerwijs slechts een temporele oplossing.⁵³⁷ In de jurisprudentie bestond wel reeds de ruimte om gegevens af te schermen die de identiteit van informanten zou prijsgeven.⁵³⁸ In de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken is met het nieuwe artikel 149b Sv deze jurisprudentie van een wettelijke grondslag voorzien.⁵³⁹ Met het oog op de in artikel 187d lid 1 Sv vermelde belangen kan de officier van justitie bepaalde stukken of gedeelten daarvan bij de processtukken achterwege laten. Daarbij zijn de omstandigheden als bedoeld in artikel 187d lid 1 Sv bepalend: (a) als de betrokkene ernstige overlast zal ondervinden of in de uitoefening van zijn ambt of beroep ernstig zal worden belemmerd, (b) als sprake is van een zwaarwegend

⁵³¹ Van Lent 2008, p. 143.

⁵³² Cleiren, in: T&C Strafvordering 2015, Inleidende opmerkingen Boek II, Titel VI, aant. 5.f.

⁵³³ Art. 149a lid 2 Sv. Vgl. HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AB9820, NJ 1996/687 m.nt. Schalken.

⁵³⁴ Vgl. HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7648, NJ 2008/406 m.nt. Borgers.

⁵³⁵ EHRM 16 februari 2000, 29777/96, EHRC 2000-II, 32 m.nt. Spronken (*Fitt/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 16 februari 2000, 27052/95 (*Jasper/Verenigd Koninkrijk*).

⁵³⁶ Vgl. de artikelen 187d, 190 lid 3, 271 lid 1, 290 lid 3 en 293 lid 1 Sv.

⁵³⁷ Art. 30 lid 2 Sv (oud). Zie nader Hermans 2009, p. 519-525.

⁵³⁸ Zie HR 5 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0307, NJ 1996/422 m.nt. Knigge.

⁵³⁹ Wet van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 601.

opsporingsbelang of (c) als de staatsveiligheid wordt geschaad. Met name de grondslag die onder (a) wordt genoemd zal een rol spelen bij informanten. De beslissing van de officier van justitie om stukken uit het procesdossier te houden is – met name in het licht van de interne openbaarheid – ingrijpend. Een machtiging van de rechter-commissaris is daarom vereist.⁵⁴⁰ Indien de rechter-commissaris, na de in artikel 187d lid 1 Sv genoemde criteria te hebben getoetst, een dergelijke machtiging afgeeft, dienen de vordering en de beschikking bij de processtukken te worden gevoegd.⁵⁴¹ Van de toepassing van de bevoegdheid om voeging achterwege te laten wordt proces-verbaal opgemaakt, evenals van de redenen waarom. Deze laatste verplichting vervalt indien de in artikel 187d lid 1 Sv genoemde belangen dat niet toelaten.

Deze aspecten van de wettelijke regeling zijn op kritiek komen te staan. Anders dan in een eerdere versie van het wetsvoorstel, hoeft de verdediging volgens de huidige wettekst niet te worden gehoord. Voor deze wijziging valt iets te zeggen: wat houdt dit horen in als de verdediging toch niet weet om welke informatie het gaat? Volgens Borgers zijn er desondanks omstandigheden denkbaar waarin de zienswijze van de verdediging van belang kan zijn voor een oordeel over het al dan niet permanent afschermen van processtukken. De verdediging kan bijvoorbeeld feiten en omstandigheden kennen die de noodzaak tot afscherming doen vervallen.⁵⁴² Ook in andere gevallen is het denkbaar dat de verdediging er belang bij heeft om gehoord te worden, bijvoorbeeld bij het stellen van termijnen. Als compensatie moet gelden dat de officier van justitie gehouden is in een proces-verbaal ervan verslag te doen dat bepaalde informatie uit het dossier is gehouden, maar wederom slechts voor zover de hiervoor genoemde belangen van artikel 187d lid 1 Sv dat toelaten. De Raad voor de Rechtspraak vroeg in zijn advies bij het conceptwetsvoorstel al aandacht voor de positie van de verdediging in dit verband.⁵⁴³ Tegen de afwijzing van een vordering tot het verkrijgen van een machtiging om informatie af te schermen staat voor de officier van justitie hoger beroep open bij de raadkamer van de rechtbank.⁵⁴⁴ Tegen een toewijzing heeft de verdachte geen rechtsmiddel tot zijn beschikking.⁵⁴⁵ De wetgever lijkt de rechterlijke toetsing te hebben willen beperken tot het oordeel van de rechter-

⁵⁴⁰ In het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*, waarop de nieuwe wettelijke regeling is geïnspireerd, werd voorgesteld om de rechter-commissaris te laten beslissen over de vraag of en hoeveel informatie buiten de processtukken mag worden gehouden. Zie Simmelink & Baaijens-Van Geloven 2001, p. 490-492. De minister koos daarentegen voor een machtigingsconstructie, omdat dit in zijn ogen beter aansloot bij de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor het procesdossier. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 486, nr. 3, p. 29. Per saldo lopen beide constructies niet veel uiteen, aangezien de rechter-commissaris in beide gevallen zijn fiat moet geven.

⁵⁴¹ Art. 149b lid 1 Sv.

⁵⁴² Borgers 2013b, p. 46 en 47.

⁵⁴³ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 8 en 9.

⁵⁴⁴ Art. 446 lid 1 Sv.

⁵⁴⁵ Art. 445 Sv.

commissaris en eventueel dat van de raadkamer. De minister verklaart het ontbreken van appelmogelijkheden van de verdediging met de stelling dat ‘de enige reële verwachting die men daarvan kan hebben, is dat de verdachte bij een toewijzende beslissing vrijwel altijd hoger beroep tegen die beschikking zal instellen’.⁵⁴⁶ Een dergelijke motivering lijkt niet redengevend.⁵⁴⁷ Met het appel zou toetsing van de vraag of de officier van justitie en de rechter-commissaris in alle redelijkheid tot het oordeel konden komen dat het desbetreffende stuk permanent niet bij de processtukken wordt gevoegd, mogelijk worden. Of vervolgens al dan niet gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot hoger beroep, doet aan het belang van een dergelijke appelmogelijkheid niet af. Van Kampen en Hein stellen de vraag of het niet-voegen van stukken, zonder dat de verdediging zich daarover kan uitlaten, de toetssteen van artikel 6 EVRM kan doorstaan.⁵⁴⁸ Andere auteurs wijzen op jurisprudentie van het EHRM waaruit blijkt dat de zittingsrechter ‘at all times’ toezicht moet kunnen uitoefenen op het afschermen van bepaalde informatie.⁵⁴⁹ Een eenmalige toetsing door rechter-commissaris lijkt niet met die eis in overeenstemming. Hermans ziet tevens moeilijkheden met betrekking tot de interne openbaarheid.⁵⁵⁰ In zijn ogen is het problematisch dat de rechter-commissaris door zijn toetsing meer kennis heeft dan de verdediging, temeer nu deze eindbeslissingen neemt inzake de afscherming van stukken. Zelf nuanceert hij dit bezwaar door te wijzen op het feit dat de rechter-commissaris niet op één lijn gesteld kan worden met de zittingsrechter. Bovendien is gegeven de ingrijpende bevoegdheid die in handen van de officier van justitie is gelegd, een rechterlijke toetsing wenselijk. Hoewel de officier van justitie tijdens het opsporingsonderzoek de verantwoordelijkheid draagt voor de samenstelling van het strafdossier, merkt Hermans terecht op dat ‘het de officier van justitie soms zwaar kan vallen zich magistraatelijk op te stellen in een voorbereidend onderzoek dat steeds meer contradictoire trekken krijgt’.⁵⁵¹ Om die reden is de keuze voor de rechter-commissaris, die toezicht houdt op het goede verloop van het onderzoek, begrijpelijk. Daarnaast zou in het kader van de interne openbaarheid het alternatief – uitgaande van de noodzaak tot een rechterlijke toetsing – problematischer zijn: indien de zittingsrechter een besluit ingevolge artikel 149b Sv zou moeten toetsen, staat de verdediging veel meer op achterstand. De zittingsrechter zou dan meer informatie hebben dan de verdediging.

De minister erkent dat met het achterhouden van stukken het verdedigingsbelang

⁵⁴⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 30 en 31.

⁵⁴⁷ Aldus ook Hermans 2012, p. 305 en Borgers 2013b, p. 46.

⁵⁴⁸ Van Kampen & Hein 2013, p. 75.

⁵⁴⁹ Franken 2010, p. 413-415; Hermans 2012, p. 304 en 305 en Bleichrodt & Moerman 2013, p. 569. Vgl. EHRM 16 februari 2000, 27052/95, r.o. 55 en 56 (*Jasper/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 16 februari 2000, 29777/96, r.o. 48 en 49, *EHRM* 2000-II, 32 m.nt. Spronken (*Fitt/Verenigd Koninkrijk*).

⁵⁵⁰ Hermans 2012, p. 304.

⁵⁵¹ Hermans 2012, p. 303. Zie art. 149a Sv voor de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de samenstelling van de processtukken.

geschaad kan worden. Hij stelt evenwel dat vanwege de toetsing door een onafhankelijke rechter er voldoende compenserende maatregelen zijn genomen om het proces als geheel als eerlijk te bestempelen.⁵⁵² Bovendien is het de zittingsrechter die uiteindelijk beslist of hij voldoende informatie heeft om tot een eventuele veroordeling te komen. Op grond van artikel 315 lid 1 Sv kan de zittingsrechter vorderen dat het afgeschermd stuk alsnog wordt overgelegd, maar hier moet volgens de memorie van toelichting terughoudend mee worden omgegaan.⁵⁵³ De regeling van artikel 149b Sv moet dan ook in het licht gezien worden van het doel van de wetswijziging, te weten het bevorderen van een voorspoedig verloop van een strafzaak ter terechtzitting.⁵⁵⁴ Deze uitgangspunten kunnen onderschreven worden, mits deze niet alleen op papier, maar ook in de zittingszaal worden uitgedragen. Voor een in de literatuur bepleite herziening van de regeling lijkt het nog te vroeg.⁵⁵⁵ Het is thans bijvoorbeeld nog onvoldoende duidelijk of de afschermprocedure de toets van Straatsburg doorstaat. De huidige beperkte rol van de zittingsrechter lijkt op gespannen voet te staan met de jurisprudentie van het EHRM, maar daar staat tegenover dat het Straatsburgse Hof ook benadrukt dat het recht op openbaarmaking van bewijs (*disclosure*) niet absoluut is.⁵⁵⁶ Hoewel het EHRM veel waarde hecht aan de toezichthoudende rol van de zittingsrechter ten aanzien van de noodzaak tot *disclosure*, kan compensatie ook op andere manieren worden geboden. Zo is het tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan de zittingrechter om te bepalen of hij zich voldoende geïnformeerd acht om tot een veroordeling te komen. Nu artikel 315 lid 1 Sv de – terughoudend toe te passen – mogelijkheid biedt voor de zittingsrechter om de betreffende stukken te bevelen en de verdediging op de voet van artikel 328 Sv de rechtbank kan verzoeken een dergelijke beslissing te nemen, kan de regeling van artikel 149b Sv mogelijk toch de toets uit Straatsburg doorstaan.⁵⁵⁷

Uit het voorgaande blijkt hoezeer de wens tot het afschermen van processtukken ten dienste staat van het waarborgen van anonimiteit. Terugkomend op de eerdere discussie over de positie van informanten volgt hieruit een ander motief om informanten op algemene taakstellende bepalingen en niet op de bijzondere opsporingsbevoegdheid van artikel 126v Sv te ‘runnen’. De officier van justitie is in

⁵⁵² *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 30.

⁵⁵³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 30. Vgl. de mogelijkheid die art. 34 lid 1 Sv biedt om – tijdens het voorbereidend onderzoek – een verzoek tot bijvoegen stukken te doen, maar welk verzoek de officier via de voet van art. 34 lid 4 Sv op grond van de in artikel 187d lid 1 vermelde belangen kan afdoen.

⁵⁵⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 31.

⁵⁵⁵ Zie bijv. Borgers 2013b, p. 51-55 die pleit voor een separate procedure waarin onder anderen een *special counsel* of *special advocate* kan worden ingeschakeld die inzage krijgt in de afgeschermd stukken en op basis daarvan een verweer kan voeren.

⁵⁵⁶ Zie bijv. EHRM 16 februari 2000, 27052/95, r.o. 52 (*Jasper/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 16 februari 2000, 29777/96, r.o. 45, EHRC 2000-II, 32 m.nt. Spronken (*Fitt/Verenigd Koninkrijk*).

⁵⁵⁷ Anders: Franken 2010, p. 415.

beginsel verplicht om de toepassing van artikel 126v Sv te verantwoorden en in het dossier te voegen en de burger op wiens persoonlijke levenssfeer inbreuk is gemaakt daaromtrent te informeren.⁵⁵⁸ Er bestaat geen notificatieplicht indien een burger op algemene taakstellende bepalingen wordt gerund. In dergelijke gevallen verplicht artikel 152 Sv evenmin tot vastlegging, mits de observatie naar het oordeel van de officier van justitie redelijkerwijs niet van belang kan zijn voor enige door de rechter in het eindonderzoek te nemen beslissing.⁵⁵⁹

3.3.3.5 Getuigen

Met de besproken regeling omtrent de processtukken zijn informanten (en andere burgers die anoniem wensen te blijven) gebaat, maar de anonimiteit van deze personen is daarmee in het strafproces nog niet verzekerd. Indien de rechter een verklaring van een informant als bewijs wil gebruiken in een strafzaak, ligt het in de rede dat de verdediging deze persoon als getuige in het strafproces wil horen.⁵⁶⁰ Volgens het EHRM is het noodzakelijk 'that the defendant should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him' en dat 'all the evidence must be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument'.⁵⁶¹ Evenals bij de omgang met processtukken vormt dit uitgangspunt geen beletsel om de identiteit van de informant af te schermen.⁵⁶² De rechter kan besluiten om het verzoek tot het horen van de TCI-informant niet te honoreren, omdat dit zijn gezondheid of welzijn kan schaden.⁵⁶³ Mits dit oordeel met voldoende compenserende maatregelen is omgeven, kan dit toelaatbaar zijn.⁵⁶⁴ Daarnaast zijn er voor zowel de zittingsrechter als de onderzoeksrechter wettelijk mogelijkheden om de anonimiteit van de informant te waarborgen. De artikelen 187 lid 1, 187b lid 1 en 187d lid 1 Sv bieden mogelijkheden om bij onderzoekshandelingen van de rechter-commissaris gedurende het opsporingsonderzoek de identiteit van de informant in meer of mindere mate af te schermen, bijvoorbeeld door antwoorden te beletten. Die beslissing is niet bindend. Er staat niets aan in de weg voor de zittingsrechter om in weerwil van het oordeel van de rechter-commissaris bijvoorbeeld antwoorden ter kennis van hem en de procespartijen te brengen.⁵⁶⁵ Het oordeel van de rechter-commissaris over het toekennen van de status van bedreigde getuige is daarentegen wel bindend, tenzij artikel 6 EVRM zich

⁵⁵⁸ Art. 126aa en 126bb Sv.

⁵⁵⁹ HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, NJ 2011/169 m.nt. Schalken.

⁵⁶⁰ Vgl. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 269, nr. 5, p. 207.

⁵⁶¹ EHRM 20 november 1989, 11454/85, NJ 1990/245 m.nt. Alkema (*Kostovski/Nederland*).

⁵⁶² Vgl. EHRM 26 maart 1996, 20524/92, NJ 1996/741 m.nt. Knigge (*Doorson/Nederland*).

⁵⁶³ Art. 288 lid 1 sub b Sv.

⁵⁶⁴ Zie bijv. HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1810, NJ 2015/457 m.nt. Vellinga-Schootstra. Vgl. HR 10 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5714, NJ 2008/386 m.nt. Schalken over het afwijzen van een verzoek tot het horen van de bron van de informant, omdat dit de CIE-informant in gevaar kon brengen.

⁵⁶⁵ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 403, nr. 7, p. 34 en 35.

hiertegen verzet.⁵⁶⁶ Gezien de gelijkenissen in de wetsredactie zal voor het toekennen van de status van afgeschermd getuige hetzelfde gelden.⁵⁶⁷ De rechter dient zich ook in die gevallen in principe te conformeren aan het oordeel van de rechter-commissaris.⁵⁶⁸ Nochtans zal in het kader van informanten aan de voorwaarden die de regeling van dit type getuigen stelt, niet snel worden voldaan. De dreiging is vaak niet concreet genoeg en de staatsveiligheid zal veelal geen afscherming vereisen. Bovendien blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de regeling omtrent afgeschermd getuigen primair beoogt ambtenaren van de AIVD af te schermen, hoewel in zeer uitzonderlijke gevallen ook informanten van de AIVD onder de regeling kunnen vallen.⁵⁶⁹ Een alternatief is om de vragen naar de personalia van de getuige achterwege te laten, maar het is de vraag of hiermee de identiteit van de informant als getuige voldoende wordt beschermd.⁵⁷⁰

Van alle mogelijkheden die de wet biedt, lijkt de regeling omtrent bedreigde getuigen de meeste waarborgen voor een informant te bieden.⁵⁷¹ Het verhoor met deze getuige vindt bij de rechter-commissaris plaats, de verdediging zal veelal niet aanwezig zijn bij het verhoor⁵⁷² en – zoals gezegd – de rechter dient zich te conformeren aan de toekenning van de status van bedreigde getuige. Desondanks blijkt ook de regeling van artikel 226a e.v. Sv tot bezwaren uit de praktijk te leiden.⁵⁷³ Van der Bel, Van Hoorn en Pieters wijzen erop dat de procedure zeer zorgvuldig moet worden doorlopen, omdat fouten grote gevolgen hebben. Daarnaast kan het volgens deze auteurs relatief gemakkelijk zijn om uit te vinden wie de betreffende getuige is. Zo zal het bij een informant die zich in de binnenste privékring van de verdachte bevindt de verdachte kunnen opvallen dat deze persoon afwezig is tijdens een verhoor.⁵⁷⁴ Deze bezwaren illustreren dat behoedzaam moet worden omgegaan met de toepassing van de betreffende regeling. Opmerking verdient dat met deze regeling in vergaande mate tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de informant. Zo wordt bij de toekenning van de status van bedreigde getuige de speelruimte van de rechter beperkt en komt het verdedigingsbelang onder

⁵⁶⁶ HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1664, NJ 2015/300.

⁵⁶⁷ Als ik het goed zie heeft de Hoge Raad zich niet in dergelijke zin uitgelaten over de afgeschermd getuigen, maar dat is verklaarbaar omdat in de praktijk niet of nauwelijks gebruikgemaakt wordt van deze regeling. Zie bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 29 754, nr. 213.

⁵⁶⁸ Vgl. art. 264 lid 2 sub a en 288 lid 2 Sv.

⁵⁶⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 743, nr. 3, p. 5 en 6 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 22. Zie Beijer 2006, p. 962.

⁵⁷⁰ Art. 190 lid 3 en 290 lid 3 Sv.

⁵⁷¹ In art. 136c Sv wordt onder een bedreigde getuige verstaan: 'een getuige ten aanzien van wie door de rechter op grond van artikel 226a bevel is gegeven dat ter gelegenheid van het verhoor zijn identiteit verborgen wordt gehouden'. Uit art. 226a Sv volgt dat een getuige die geen verklaring wil afleggen als bedreigde getuige kan worden gehoord, mits (kort gezegd) de openbaarmaking van zijn identiteit ernstige consequenties kan hebben.

⁵⁷² Art. 226d lid 1 Sv. In dit licht kan art. 226e Sv worden geplaatst: de r-c onderzoekt de betrouwbaarheid van de bedreigde getuige en legt daaromtrent in het proces-verbaal rekenschap af.

⁵⁷³ Zie bijv. HR (concl. A-G Machielse) 2 februari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BJ8674, nr. 3.3.

⁵⁷⁴ Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 298 en 299.

druk te staan. Janssen vraagt zich in dit kader af of de beperkingen die de regeling van de bedreigde getuige meebrengt wel voldoende wordt gecompenseerd.⁵⁷⁵ De regeling als zodanig lijkt in ieder geval de toets van het EHRM te kunnen doorstaan.⁵⁷⁶ Wel kan de concrete toepassing van de regeling resulteren in een schending van artikel 6 EVRM, bijvoorbeeld indien de rechter onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de betreffende persoon anoniem moest worden gehoord.⁵⁷⁷

Illustratief voor de moeilijkheden bij het afschermen van de identiteit van de informant zijn de fricties die ontstaan tussen de zittingsrechter en het Openbaar Ministerie met betrekking tot het al dan niet oproepen van informanten. Zo moest de Hoge Raad zich in 2002 uitlaten over de weigering van het Openbaar Ministerie om een informant op te roepen voor de zitting.⁵⁷⁸ Aan deze persoon was door het Openbaar Ministerie en de politie toegezegd dat hij niet als getuige zou worden gehoord. Deze situatie is niet wettelijk geregeld. Anders dan de regeling van artikel 264 lid 2 sub b jo. 349 lid 3 Sv, waarin – kort gezegd – een toezegging van de officier aan de getuige om enkel als bedreigde of afgeschermd getuige te worden gehoord een weigeringsgrond oplevert, betreft het hier een persoon die ook niet als een dergelijke getuige gehoord zou willen worden. Het hof had een parallel getrokken met de Karman-jurisprudentie. In het Karman-arrest had het Openbaar Ministerie toezeggingen aan de getuige Karman gedaan in ruil voor zijn verklaring. Deze toezeggingen hielden in dat hij niet van zijn vrijheid zou worden beroofd, ook niet indien de rechter hem zou veroordelen. Deze toezeggingen werden door de Hoge Raad strijdig geacht met de grondslagen van het strafproces en met name met de wettelijk voorziene verdeling van de bevoegdheden en verplichtingen tussen het Openbaar Ministerie en de rechter. Op basis hiervan verloor het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsrecht.⁵⁷⁹ In het arrest omtrent de nagekomen toezegging van het Openbaar Ministerie aan de getuige dat hij niet zou worden gehoord overwoog het hof dat deze weigering in strijd was met de fundamenteën van het strafproces en sprak de niet-ontvankelijkheid uit van het Openbaar Ministerie. De Hoge Raad oordeelde eveneens dat het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsrecht verloor, maar wel op andere gronden. Het Karman-criterium was niet geschonden, omdat de officier herhaaldelijk had getracht om de getuige te overtuigen om toch te worden gehoord, aldus de Hoge Raad. Vervolgens werd de lijn van advocaat-generaal Fokkens onderschreven, die stelde dat een bevel tot het oproepen van getuigen in deze situatie naar analogie van de regeling van artikel 264 Sv genegeerd kan worden, maar dat op grond van artikel 349 lid 3 Sv het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet

⁵⁷⁵ Janssen 2012, p. 385.

⁵⁷⁶ EHRM 4 juli 2000, 43149/98, NJ 2001/401 m.nt. Knigge (*Kok/Nederland*).

⁵⁷⁷ EHRM 14 februari 2002, 26668/95, NJ 2002/378 m.nt. Schalken (*Visser/Nederland*). Zie De Wilde 2015, p. 59 en 106.

⁵⁷⁸ HR 25 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8843, NJ 2002/518 m.nt. Schalken.

⁵⁷⁹ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, NJ 1999/567 m.nt. Schalken.

worden verklaard. Zodoende heeft de officier van justitie – naast de gevallen die in artikel 264 Sv worden genoemd – een nieuwe uitzonderingsgrond om bij een zwaarwegend opsporingsbelang het uitgangspunt van de rechter als *dominus litis* te doorkruisen. Annotator Schalken is hierover kritisch. Anders dan advocaat-generaal Fokkens stelt hij dat artikel 264 lid 2 Sv juist een uitzondering vormt waaruit niet kan worden afgeleid dat er ruimte bestaat voor een ruimere toepassing. Opmerking verdient dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met artikel 349 lid 3 Sv niet beoogd wordt de positie van de rechter te ondergraven.⁵⁸⁰ Gezegd kan worden dat dit met de door de Hoge Raad gestelde uitbreiding niet anders wordt. Bovendien heeft de Hoge Raad later getracht de balans enigszins te herstellen, door de stelling van het Openbaar Ministerie dat een CIE-informant aan wie anonimiteit is toegezegd, geen getuige is in de zin der wet of in de zin van artikel 6 lid 3 sub d EVRM te verwerpen.⁵⁸¹ Voorop staat dat de rechter beslist over het al dan niet horen van getuigen. Indien het Openbaar Ministerie geen gehoor geeft aan een beslissing tot horen, staat daar de dreiging van niet-ontvankelijkheid tegenover. Anders dan (in beginsel⁵⁸²) vrijspraak, staat de niet-ontvankelijkheid er in theorie niet aan in de weg om een nieuwe vervolging in te stellen. Daarmee is een balans gezocht tussen het belang van de officier om de identiteit van de informant af te schermen en het uitgangspunt dat het de rechter is die het laatste woord heeft.

In plaats van de informant, kan ook een medewerker van het TCI worden opgeroepen als bewijsgetuige of als zogenaamde rechtmatigheidsgetuige.⁵⁸³ Bij dit laatste type getuige staat de controle van de rechtmatigheid van het overheidshandelen centraal.⁵⁸⁴ Gedacht kan worden aan het oproepen van de Chef van de Regionale CIE, ter controle van de samenwerking tussen de runner en de informant.⁵⁸⁵ Een beroep op het verschoningsrecht komt een als getuige gehoorde politieambtenaar in dit kader niet toe.⁵⁸⁶ Evenmin lijken de weigeringsgrond uit artikel 288 lid 1 sub b Sv van toepassing, omdat deze grond ziet op de gezondheid of het welzijn van de getuige zelf en niet op de persoon over wie de medewerker van het TCI kan verklaren.⁵⁸⁷ Wel

⁵⁸⁰ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 483, nr. 3, p. 29.

⁵⁸¹ HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ8641, *NJ* 2010/246 m.nt. Schalken en HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ8674.

⁵⁸² Vgl. de Wet herziening ten nadele (Wet van 11 april 2013, *Stb.* 2013, 138).

⁵⁸³ Zie bijv. HR 12 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1801 (bewijsgetuige) en HR 5 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0307, *NJ* 1996/422 m.nt. Knigge (rechtmatigheidsgetuige). Zie ook Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 306-311.

⁵⁸⁴ Zie nader Buruma 2000.

⁵⁸⁵ Vgl. Hof Den Bosch 23 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BVo293.

⁵⁸⁶ HR 17 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7176, *NJ* 1981/382 m.nt. Van Veen.

⁵⁸⁷ HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1810, *NJ* 2015/457 m.nt. Vellinga-Schootstra en de voorafgaande conclusie van A-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2015:934, nr. 12-14.

kunnen vragen ingevolge artikel 187d en 293 Sv worden belet.⁵⁸⁸ Deze bevoegdheid ligt in handen van de rechter(-commissaris), die daartoe ambtshalve of op vordering van de officier van justitie of de verdediging kan overgaan. Een voorafgaande instructie van de officier van justitie aan de getuige om bepaalde vragen niet te beantwoorden is daarentegen niet toegestaan. Dit verhoudt zich niet met het uitgangspunt dat het de rechter is die uiteindelijk beslist over het al dan niet beletten van vragen. Dergelijke instructies kunnen daarom resulteren in de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.⁵⁸⁹ Dit leidt in bepaalde gevallen tot problematische situaties, zoals een zaak bij het Hof Den Bosch laat zien.⁵⁹⁰

De verdachte stelde dat hij als CIE-informant werkzaam was geweest. Om deze claim te onderzoeken riep het hof de chef RCIE op. Deze persoon was door de CIE-officier geïnstrueerd om niet op vragen in te gaan waardoor de identiteit van de informant openbaar zou kunnen worden. Het hof was vanwege deze instructies van mening dat het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsrecht moest verliezen. Daartoe zocht het hof aansluiting bij het Zwolsman-criterium. Dit criterium houdt in dat de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie slechts in uitzonderlijke gevallen moet worden uitgesproken, te weten wanneer de met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.⁵⁹¹ Volgens het hof was er vanwege de instructies van de CIE-officier aan de getuige sprake van een dergelijke situatie. Uitgangspunt is immers dat het de rechter is die bepaalt of belet moet worden dat een getuige antwoord geeft. Desondanks waren de instructies van de CIE-officier niet onbegrijpelijk in het licht van het afschermen van de identiteit van de informant. Immers, indien de chef RCIE het verhaal van deze persoon zou ontkennen, kan de zoektocht naar de werkelijke informant verder gaan. Dit zou het net om de daadwerkelijke informant alleen maar meer doen sluiten. Het is begrijpelijk dat de CIE (thans: het TCI) dit te allen tijde wil voorkomen. Hier staat tegenover dat uitsluitel gewenst is om antwoord te krijgen op de vraag of de politie op de hoogte was van het handelen van de vermeende informant. Dergelijke informatie kan van invloed zijn op de strafmaat en in uiterste gevallen zelfs leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.⁵⁹² De opstelling van het Openbaar Ministerie lijkt thans

⁵⁸⁸ Vgl. HR 5 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8830, *NJ* 2001/206, waarin, ter bescherming van de veiligheid van de runners, vragen aan de als getuige gehoorde officier van justitie door het hof werden belet.

⁵⁸⁹ HR 8 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1239, *NJ* 1998/879 m.nt. Schalken. In deze zaak werd het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard, vanwege het beletten van vragen aan een getuige omwille van bronbescherming en om precedentwerking te voorkomen.

⁵⁹⁰ Hof Den Bosch 23 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BVo293.

⁵⁹¹ HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, *NJ* 1996/249 m.nt. Schalken.

⁵⁹² Vgl. HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0655, *NJ* 2010/440 m.nt. Schalken.

te zijn dat het risico op niet-ontvankelijkheid prevaleert boven de openbaarheid met betrekking tot het gebruik van informanten. De vraag is echter of het Openbaar Ministerie een dergelijke lijn altijd kan volhouden. In lichtere strafzaken is de afweging tussen niet-ontvankelijkheid of openheid verdedigbaar, maar bij zwaardere misdrijven zal die afweging problematischer zijn. Zo ver hoeft het niet altijd te komen. Verzoeken tot het horen van dergelijke (rechtmatigheids)getuigen worden niet altijd toegewezen. Soms komen rechters tot het oordeel dat de verdachte redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad door het niet-oproepen van de betreffende personen.⁵⁹³ Het relevantiecriterium voorkomt daarmee dat het Openbaar Ministerie in een lastig parket komt, waarbij bovendien het risico van *fishing expeditions* door de verdediging wordt verminderd. Bij een dergelijk oordeel is van belang dat artikel 6 EVRM minder eisen stelt aan het afwijzen van rechtmatigheidsgetuigen dan bewijsgetuigen.⁵⁹⁴

De verdediging kan ook trachten om via de Wet politiegegevens informatie over informantentrajecten te achterhalen. Uitgangspunt in het privacyrecht is dat geregistreerden een recht op kennisneming hebben.⁵⁹⁵ Als gevolg van het Kaderbesluit dataprotectie kan ook worden opgevraagd of de geregistreeerde gegevens zijn verstrekt of beschikbaar gesteld aan andere partijen.⁵⁹⁶ Indien de verzochte informatie wordt verstrekt, kan de verdediging de rechtmatigheid van het traject beter controleren en hiermee bijvoorbeeld een verzoek tot het horen van getuigen onderbouwen. Maar ook in relatie tot de identiteit van informanten kunnen politiegegevens van belang zijn. Van Stratum noemt het voorbeeld van een advocaat die informatie probeert te achterhalen over de datum van signalering van de auto van zijn cliënt bij een pand.⁵⁹⁷ Met dergelijke informatie de identiteit van een informant achterhaald worden. Het is om die reden begrijpelijk dat het recht tot kennisneming kan worden ingeperkt, bijvoorbeeld indien de bescherming van de rechten van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van derden worden geschonden.⁵⁹⁸

⁵⁹³ Zie bijv. HR 5 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZDo307, *NJ* 1996/422 m.nt. Knigge en HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9222. Zie nader Brinkhoff 2009, p. 127 en 128 en zijn kritiek op de toepassing van dit in zijn ogen te beperkte criterium, hoewel hij erkent dat een ruimer criterium kan leiden tot een zoektocht naar veronderstelde onrechtmatigheden.

⁵⁹⁴ EHRM 20 november 1989, 11454/85, r.o. 44, *NJ* 1990/245 m.nt. Alkema (*Kostovski/Nederland*). Zie ook Alink & Van Zeven 2007, p. 29,30 en 71-73.

⁵⁹⁵ Art. 25 Wpol.

⁵⁹⁶ Wet van 6 oktober 2011, *Stb.* 2011, 490. Zie nader Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 103.

⁵⁹⁷ Van Stratum 2001, p. 185 en 186.

⁵⁹⁸ Art. 27 Wpol.

3.3.3.2 Bewijs en startinformatie

Het dilemma tussen openheid en het afschermen van de identiteit van de informant is, zoals gezegd, van invloed op de bruikbaarheid van informanteninformatie in het strafproces. Vanwege de benodigde afscherming wordt de informatie van het TCI veelal als start- of sturingsinformatie (ook wel *intelligence* genoemd) gebruikt. Startinformatie ziet daarbij op de informatie die aanleiding geeft tot het starten van een opsporingsonderzoek. De sturingsinformatie heeft – zoals de term vermeldt – een sturende werking ten behoeve van het lopende opsporingsonderzoek. Voor beide typen informatie is controle op de rechtmatigheid van handelen afdoende, terwijl bewijs in beginsel volledig gecontroleerd dient te worden.⁵⁹⁹ Om de anonimiteit te waarborgen tracht het TCI de vruchten van zijn handelen enkel in te zetten als *intelligence*. Zoals uit de voorgaande paragraaf blijkt, is het de rechter die daarover het laatste woord heeft. Desalniettemin zijn er goede redenen om, naast het belang van de informant om anoniem te blijven, informanteninformatie niet als bewijs in een strafzaak te bezigen. Ten eerste maakt de afscherming van deze informatie het moeilijk om de betrouwbaarheid en de noodzaak tot anonimiteit te toetsen. In het verlengde hiervan ligt dat door het afschermen van de bron van de informatie er een risico bestaat op dubbeltelling van bewijs, omdat onduidelijk is of bewijsmiddelen eveneens in geanonimiseerde vorm zijn opgenomen in de processtukken.⁶⁰⁰ Daarmee zou het beginsel van *unus testis, nullus testis* doorbroken kunnen worden.⁶⁰¹ Daarnaast maant het Wetboek van Strafvordering tot een terughoudende benadering van de door informanten aangeleverde informatie. Artikel 344a Sv heeft – als codificatie van de toenmalige jurisprudentie van het EVRM⁶⁰² – een remmende werking heeft op het gebruik van anonieme (informanten)verklaringen als bewijs. Het bewijs mag niet uitsluitend of in beslissende mate worden gegrond op anonieme informatie. Bovendien kan blijkens lid 3 een anonieme schriftelijke verklaring enkel als bewijs gelden indien de bewezenverklaring in belangrijke mate steun vindt in ander bewijsmateriaal en de verdediging niet te kennen heeft gegeven gebruik te willen maken van haar ondervragingsrecht. Daarmee is de Nederlandse regeling strenger dan de lijn van Straatsburg. Het EHRM heeft overwogen – overeenkomstig de Nederlandse regeling – dat het gebruik van anonieme verklaringen als bewijs niet altijd in strijd is met het EVRM. De veiligheid van de getuige kan bijvoorbeeld de afscherming van de identiteit

⁵⁹⁹ Vgl. EHRM 20 november 1989, 11454/85, NJ 1990/245 m.nt. Alkema (*Kostovski/Nederland*) en HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3559.

⁶⁰⁰ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 279, nr. 166, p. 4 en Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 269 en 270.

⁶⁰¹ Art. 342 lid 2 Sv.

⁶⁰² Zie bijv. EHRM 26 maart 1996, 20524/92, NJ 1996/741 m.nt. Knigge (*Doorson/Nederland*) en EHRM 14 februari 2002, 26668/95, NJ 2002/378 m.nt. Schalken (*Visser/Nederland*).

met behoud van het gebruik van deze verklaring als bewijs rechtvaardigen.⁶⁰³ Daarbij is het afwegingskader overigens anders bij opsporingsambtenaren dan bij burgers. Voor opsporingsambtenaren wordt gezien hun bijzondere positie anonimiteit enkel gebillijkt in exceptionele gevallen.⁶⁰⁴ Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat bij gebruik van anonieme verklaringen compenserende maatregelen moeten worden genomen, zodat de verdediging de mogelijkheid heeft 'to challenge the evidence of the anonymous witnesses and attempt to cast doubt on the reliability of their statements'.⁶⁰⁵ In welke mate compenserende maatregelen geboden zijn, is afhankelijk van de bijdrage van de anonieme verklaring aan de bewijsvoering.⁶⁰⁶ Uitgangspunt is dat anoniem getuigenbewijs niet aan de bewezenverklaring in de weg staat indien de procedure in zijn geheel eerlijk is verlopen in de zin van artikel 6 EVRM. In dit kader is onder meer relevant of er voldoende reden was om de identiteit af te schermen,⁶⁰⁷ of de mogelijkheid voor de verdediging bestaat om de betrouwbaarheid van de anonieme getuige te testen⁶⁰⁸ en welke rol de anonieme getuigenis bij de bewezenverklaring heeft gespeeld.⁶⁰⁹ Wat betreft dit laatste punt kan worden opgemerkt dat in het *Ellis, Simms en Martin*-arrest is bepaald dat, mits de beperkingen van de verdediging voldoende worden gecompenseerd, een bewezenverklaring die uitsluitend of in beslissende mate gebaseerd is op anonieme getuigenverklaringen toelaatbaar is.⁶¹⁰ Artikel 344a Sv wijkt van dit uitgangspunt af, omdat daarin meer absolute regels worden gegeven. Zo bepaalt het eerste lid van dit artikel dat een bewezenverklaring niet uitsluitend of in beslissende mate kan worden gegrond op een anonieme verklaring. Deze tekst weerspiegelde aanvankelijk de jurisprudentie van het EHRM, maar thans wordt – zoals is aangegeven – een dergelijke beperking niet meer gesteld. Het genoemde arrest gaf geen aanleiding voor de minister van Veiligheid en Justitie om de wet op dit punt aan te passen. De minister stelde zich op het standpunt dat het strafproces van Nederland niet gelijk te stellen is met die van het Verenigd Koninkrijk, waardoor

⁶⁰³ EHRM 26 maart 1996, 20524/92, NJ 1996/741 m.nt. Knigge (*Doorson/Nederland*).

⁶⁰⁴ EHRM 23 april 1997, 21363/93; 21364/93; 21427/93 en 22056/93, NJ 1997/635 m.nt. Knigge (*Van Mechelen/Nederland*).

⁶⁰⁵ EHRM 26 maart 1996, 20524/92, NJ 1996/741 m.nt. Knigge (*Doorson/Nederland*).

⁶⁰⁶ EHRM 14 februari 2002, 26668/95, NJ 2002/378 m.nt. Schalken (*Visser/Nederland*).

⁶⁰⁷ EHRM 26 maart 1996, 20524/92, r.o. 71, NJ 1996/741 m.nt. Knigge (*Doorson/Nederland*) en EHRM 23 april 1997, 21363/93; 21364/93; 21427/93 en 22056/93, r.o. 54, NJ 1997/635 m.nt. Knigge (*Van Mechelen/Nederland*).

⁶⁰⁸ EHRM 20 november 1989, 11454/85, r.o. 42, NJ 1990/245 m.nt. Alkema (*Kostovski/Nederland*) en EHRM 28 maart 2002, 47698/99 en 48115/99, r.o. 29, EHRC 2002/39 m.nt. Spronken (*Birutis e.a./Litouwen*).

⁶⁰⁹ EHRM 4 juli 2000, 43149/98, NJ 2001/401 m.nt. Knigge (*Kok/Nederland*) en EHRM 28 februari 2006, 51277/99, r.o. 79 (*Krasniki/Tsjechië*).

⁶¹⁰ EHRM 10 april 2012, 46099/06 en 46699/6, NJ 2012/648 m.nt. Schalken (*Ellis, Simms & Martin/Verenigd Koninkrijk*). Vgl. EHRM 6 december 2012, 25088/07 (*Pesukic/Zwitserland*) over de noodzaak tot compenserende maatregelen bij anoniem getuigenbewijs dat van aanzienlijk gewicht is voor de bewezenverklaring.

de betekenis van dit arrest voor Nederland onduidelijk is.⁶¹¹ Buiten twijfel staat dat de jurisprudentie van het EHRM casuïstisch is, maar er zijn redenen om het argument van de minister extra kracht bij te zetten. In het arrest *Khawaja & Tahery* had het EHRM al een aanzet gegeven om de ‘sole and decisive rule’ te relativiseren, zij het in dat arrest in een context van niet anonieme (niet verschenen) getuigen.⁶¹² Er is reden om aan te nemen dat deze jurisprudentie mede voortvloeide uit onvrede in de Britse rechtspraak over de jurisprudentie van het EVRM.⁶¹³ Aangezien een vergelijkbare rechtsregel is doorgetrokken naar anonieme getuigen en beide zaken tegen het Verenigd Koninkrijk werden gevoerd, is het niet onbegrijpelijk dat de minister de in 2012 ingezette lijn van het EHRM plaatst in de context van het Britse strafprocesrecht. Desalniettemin wordt in de literatuur het *Ellis, Simms en Martin*-arrest als de algemene lijn van het EHRM inzake anonieme getuigen gepresenteerd.⁶¹⁴ Latere jurisprudentie van het EHRM wijst hier ook op.⁶¹⁵

Ook in artikel 344a lid 3 Sv lijkt de Nederlandse wetgeving boven de minimumnormen die het EVRM stelt uit te gaan. Indien de verdediging het horen van een anonieme getuige verzoekt, resulteert dit in de onbruikbaarheid van de anonieme verklaring. Compenserende maatregelen bieden daarvoor, anders dan bij het EHRM, geen uitweg. Ook geldt – op straffe van nietigheid – een bijzondere motiveringsplicht voor het gebruik van anonieme getuigen.⁶¹⁶ Dit redelijk starre uitgangspunt is in de jurisprudentie getracht te nuanceren. Zo is het artikel niet van toepassing indien het verzoek tot het horen buiten de terechtzitting is gedaan, of in hoger beroep niet uitdrukkelijk is herhaald.⁶¹⁷ Ook indien de identiteit van de getuige bij de politie bekend is, maar de personalia zijn afgeschermd, en de persoon zo nodig geïndividualiseerd kan worden en de verdediging desgewenst om een verhoor kan verzoeken, is artikel 344a Sv niet van

⁶¹¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 279, nr. 166, p. 5 en 6.

⁶¹² EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, *NJ* 2012/283 m.nt. Schalken en Alkema (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*) en de nadere uitwerking hiervan in EHRM 15 december 2015, 9154/10 (*Schatschaschwili/Duitsland*). Zie over het arrest *Khawaja & Tahery* nader De Wilde 2015, p. 517-529.

⁶¹³ Leeuw 2013, p. 155-166. Hij bespreekt onder meer het *Horncastle*-arrest (*R/Horncastle & Others* [2009] UKSC 14), waarin getracht werd de ‘sole or decisive’ rule van het EHRM met betrekking tot anonieme getuigen te verzachten.

⁶¹⁴ Zie De Wilde 2012 en Corstens & Borgers 2014, p. 793 en 794. De Wilde vindt de lijn van het EHRM overigens onwenselijk, vanwege de lastige controleerbaarheid van anonieme verklaringen.

⁶¹⁵ Zie bijv. EHRM 18 december 2014, 14212/10, r.o. 50 en 51 (*Scholer/Duitsland*). Vgl. r.o. 50: ‘The problems posed by absent witnesses and anonymous witnesses are not different in principle.’

⁶¹⁶ Art. 360 lid 1 jo. lid 4 Sv. De Hoge Raad heeft in dit kader overwogen dat de rechter zal moeten aangeven dat aan de eisen van art. 344, derde lid, Sv is voldaan terwijl hij tevens blijk ervan dient te geven zelfstandig de betrouwbaarheid van de anonieme verklaring te hebben onderzocht. Zie HR 11 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1460, r.o. 3.3.1, *NJ* 1999/526.

⁶¹⁷ HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6913, *NJ* 2012/413 m.nt. Borgers.

toepassing.⁶¹⁸ Daarmee lijkt TCI-informatie van geregistreerde informanten niet onder het bereik van artikel 344a Sv te vallen, omdat de identiteit van de informant bij het TCI bekend is en niets een verzoek tot horen in de weg staat.⁶¹⁹ Uit de voorgaande paragraaf kwam naar voren dat dit horen in de praktijk door de opstelling van het Openbaar Ministerie niet gemakkelijk te effectueren is. Op de keper beschouwd is de remmende werking van artikel 344a Sv dan enkel beperkt tot informanten van wie de politie niet bekend is met de identiteit van deze burger.⁶²⁰ Zekerheid omtrent deze interpretatie biedt de jurisprudentie echter niet. Uit een conclusie van advocaat-generaal Jörg kan worden afgeleid dat hij een dergelijke redenering niet volgt, wanneer hij stelt dat 'de bewijskracht van een dergelijk stuk [een TCI proces-verbaal, EM] is aangegeven in artikel 344a, derde lid, Sv'.⁶²¹ Ook in lagere rechtspraak wordt een TCI proces-verbaal onder het toepassingsbereik van artikel 344a Sv geschaard.⁶²² Deze visie kan worden onderschreven. Een andere interpretatie, waarin artikel 344a Sv niet toepasselijk zou zijn, zou tot het onbevredigende resultaat leiden dat voor de verdediging anonieme informatie in beslissende mate zou kunnen bijdragen tot het bewijs. Het is bovendien de vraag of het EHRM een dergelijke omweg goedkeurt. Bij anonieme getuigen gaat het volgens het Straatsburgse Hof om getuigen 'whose identity is concealed from the accused'.⁶²³ TCI-informatie valt binnen dit kader, aangezien de verdediging onbekend is met de precieze herkomst van de informatie en valt daarmee ook onder de (afgezwakte) 'sole or decisive rule' en aanverwante regelingen omtrent anonieme getuigen. Het probleem wordt enigszins beperkt door het feit dat het TCI zelf ook niet inzet op het gebruiken van dergelijke informatie als bewijs, maar als startinformatie. Dan valt de informatie niet onder het bereik van artikel 344a Sv.⁶²⁴

Daarmee is niet gezegd dat er geen barrières bestaan om anonieme TCI-informatie als startinformatie te gebruiken. De vraag staat veelal centraal of deze informatie tot een redelijke verdenking kan leiden. Dit vraagstuk is niet exclusief verbonden met informatie van het TCI. Ook bij meldingen van tipgevers die aan de basis staan van Meld

⁶¹⁸ HR 4 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1195, NJ 2002/416 en HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6608, NJ 2009/239. Vgl. HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8925, NJ 2005/383 m.nt. Buruma betreffende een *de auditu* verklaring die terug te voeren was op een onbekende derde. Hierop is volgens de Hoge Raad art. 344a Sv niet van toepassing.

⁶¹⁹ Zie Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2009, p. 207 en 208. In de nieuwe druk is deze visie verlaten en wordt aangenomen dat artikel 344a lid 3 Sv van toepassing is op de bij het TCI ingeschreven informanten. Zie Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 271.

⁶²⁰ Zie bijv. HR 14 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9109, NJ 2006/209.

⁶²¹ HR (concl. A-G Jörg) 12 mei 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH5249.

⁶²² Zie Rb. Maastricht 23 april 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI8675.

⁶²³ Zie bijv. EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, NJ 2012/283 m.nt. Schalken en Alkema (*Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk*) en in soortgelijke bewoordingen EHRM 19 februari 2013, 61800/08, EHRC 2013/105 m.nt. Dubelaar (*Gani/Spanje*).

⁶²⁴ Vgl. HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0517; HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3559 en HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5249.

Misdaad Anoniem-meldingen (hierna: MMA-meldingen) en AIVD-ambtsberichten kan eenzelfde vraag spelen.⁶²⁵ Volgens Brinkhoff moet bij MMA-meldingen als startinformatie behoedzamer worden omgegaan dan met TCI-informatie.⁶²⁶ Bij deze laatste categorie is de identiteit van de informant veelal bekend en bovendien bestaan er strengere interne controlemogelijkheden.⁶²⁷ Het is de vraag of deze verschillen tot een ander afwegingskader voor de rechter moeten leiden. Inzicht in deze vraag bieden twee qua casus bijna gelijke zaken, waarin bij het ene arrest de startinformatie afkomstig was van een MMA-melding en de andere zaak gebaseerd was op een TCI-melding. Op 13 juli 2010 oordeelde de Hoge Raad dat bij een MMA-melding niet in alle gevallen nader onderzoek vereist is om een verdenking van overtreding van de Opiumwet aan te nemen.⁶²⁸ In datzelfde arrest casseerde de Hoge Raad op basis van de stelling van het hof dat verificatie van de anonieme melding aangewezen was, maar dit vanwege het spoedeisende karakter achterwege diende te blijven. De Hoge Raad oordeelde dat het enkele feit dat er spoed geboden was niet de onrechtmatigheid ontnam van het binnentreden op grond van informatie die zonder nadere verificatie onvoldoende verdenking opleverde. Daarentegen hield de Hoge Raad wel een uitspraak in stand waarin volgens het hof vanwege het spoedeisende karakter TCI-informatie niet nader geverifieerd kon worden en dit er niet aan in de weg stond om als startinformatie te gebruiken.⁶²⁹ Bij deze arresten ontstaat het beeld dat de lat voor MMA-meldingen hoger wordt gelegd dan voor TCI-meldingen, aangezien het spoedeisende karakter het uitblijven van verificatie wel kan rechtvaardigen bij TCI-meldingen maar niet bij MMA-meldingen. Annotator Reijntjes gooit het echter over een andere boeg.⁶³⁰ Hij stelt vast dat in de zaak bij de MMA-melding de feitenrechter van mening was dat de verstrekte informatie onvoldoende was en verificatie gewenst was, terwijl bij de

⁶²⁵ Zie bijv. over MMA-meldingen HR 13 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4179, *NJ* 2006/346 (zie nader Brinkhoff 2008) en over AIVD-ambtsberichten HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4144 en AV4149 (zie nader Hirsch Ballin 2009).

⁶²⁶ Brinkhoff 2008, p. 1227 en 1228. Zie ook Buruma, nr. 3 in zijn noot bij HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2492, *NJ* 2011/293. Vgl. Hof Den Bosch 2 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC9483, dat overweegt dat 'bij de CIE ingekomen informatie, afkomstig van een als zodanig in het informantenregister ingeschreven informant, niet – zoals door de raadsman betoogd – gelijk te stellen is met een anonieme melding. Concrete en gedetailleerde, betrouwbaar geoordeelde TCI-informatie kan voldoende zijn om tot een redelijk vermoeden van een strafbaar feit te leiden en kan het inzetten van dwangmiddelen legitimeren.' Vgl. ook Brinkhoff 2008, p. 1227 die 'de niet geheel theoretische mogelijkheid' noemt dat opsporingsambtenaren van het TCI een MMA-melding doen om een informant af te schermen.

⁶²⁷ Brinkhoff 2008, p. 1228.

⁶²⁸ HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2492, *NJ* 2011/293 m.nt. Buruma. Vgl. HR 14 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9093, *NJ* 1993/83, waarin een redelijk vermoeden van schuld in de zin van art. 27 Sv werd aangenomen op basis van een anoniem binnengekomen en niet (afdoende) nagevolgd tip.

⁶²⁹ HR 5 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2190, *NJ* 2013/306 m.nt. Reijntjes. Zie tevens HR 5 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2191, *NJ* 2013/307 m.nt. Reijntjes.

⁶³⁰ HR 5 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2191, *NJ* 2013/307 m.nt. Reijntjes.

TCl-informatie het hof oordeelde dat verdere verificatie onnodig was. Ik ben geneigd deze lezing te onderschrijven. Steun daarvoor is te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin het aan de feitenrechter wordt overgelaten om een weging en waardering van de omstandigheden van het geval te geven.⁶³¹ De Hoge Raad toetst daarmee op de begrijpelijkheid van het oordeel van de feitenrechter of er sprake is van een redelijk vermoeden. In de hiervoor besproken casus van de MMA-melding was dit oordeel bijvoorbeeld niet begrijpelijk, omdat het hof zelf tot uitdrukking had gebracht dat nadere verificatie geboden was.⁶³² Zodoende lijkt het verschil in uitkomst niet (in ieder geval uitsluitend) verklaard te kunnen worden door de herkomst van de startinformatie. Indien een nadere toetsing geen aanvullende informatie oplevert, kan dit logischerwijs aan het redelijk vermoeden in de weg staan.⁶³³

Het uitgangspunt van de Hoge Raad is dat er geen rechtsregel aan in de weg staat dat de politie anonieme informatie gebruikt als startinformatie voor een opsporingsonderzoek.⁶³⁴ De informatie hoeft zelfs niet geheel juist te zijn.⁶³⁵ In de jurisprudentie passeren verschillende criteria die invulling geven aan het redelijk vermoeden de revue. Zo wordt belang gehecht aan de verifieerbaarheid,⁶³⁶ de betrouwbaarheid⁶³⁷ en de vraag of de informatie voldoende concreet en specifiek was.⁶³⁸ In de hiervoor besproken zaak inzake TCl-informatie was de voldoende concrete en specifieke informatie voor de Hoge Raad toereikend om een verdenking in de zin van artikel 27 Sv aan te nemen.⁶³⁹ Algemene normen zijn echter niet te noemen; de rechtspraak is hiervoor te casuïstisch.⁶⁴⁰ Het uitgangspunt van de Hoge Raad lijkt te zijn dat anonieme informatie als startinformatie kan worden gebruikt, mits – indien de informatie daar aanleiding voor geeft – geschraagd door nader onderzoek, maar in ieder geval voldoende onderbouwd. Een relevant gezichtspunt daarbij is of de informatie voldoende specifiek en concreet is. De motivering van de feitenrechter is daarbij van cruciaal belang. De voldoende onderbouwing volgt uit de omstandigheden van het

⁶³¹ HR 12 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8836 en HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4173, *NJ* 2011/603 m.nt. Borgers.

⁶³² Anders: Brinkhoff 2014, p. 72 en 73, die meent dat de Hoge Raad het arrest van het hof verkeerd heeft geïnterpreteerd.

⁶³³ HR 11 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7662, *NJ* 2008/329 m.nt. Borgers.

⁶³⁴ HR 13 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4179, *NJ* 2006/346.

⁶³⁵ Zie bijv. Rb. Zwolle-Lelystad 8 oktober 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BK2212 en HR 29 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8497, *NJ* 2011/579.

⁶³⁶ Vgl. Rb. Den Haag 3 december 2004, ECLI:NL:RBSSR:2004:AR7038.

⁶³⁷ Vgl. Hof Den Bosch 2 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC9483 en Rb. Zwolle-Lelystad 8 oktober 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BK2212.

⁶³⁸ Vgl. Rb. Haarlem 18 mei 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ8070.

⁶³⁹ HR 5 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2190, *NJ* 2013/306 m.nt. Reijntjes en HR 5 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2191, *NJ* 2013/307 beide m.nt. Reijntjes.

⁶⁴⁰ Corstens & Borgers 2014, p. 88-90 en Brinkhoff 2014, p. 91-138.

geval, maar de enkele melding kan onder omstandigheden volstaan.⁶⁴¹ De herkomst van de bron kan de nodige kleur geven aan de noodzaak tot nadere toetsing. Zo is het goed voorstelbaar dat de feitenrechter verificatie noodzakelijk acht bij informatie die van een anonieme burger afkomstig is. Brinkhoff merkt op dat ook bij TCI-informatie aanvullend onderzoek veelal nodig is, omdat de herkomst afgeschermd en daardoor moeilijk controleerbaar is.⁶⁴² In die zin hoeft de toetsing van MMA-informatie en TCI-informatie door de feitenrechter niet wezenlijk uiteen te lopen.

3.3.4 De eindbalans: een herziening van de informantenregeling?

In het voorgaande is stilgestaan bij verschillende strafvorderlijke aspecten van de inzet van informanten. In het bijzonder is aandacht besteed aan artikel 126v Sv. De wetgever beoogde met dit artikel de inzet van stelselmatige tipgevers van een wettelijke basis te voorzien. De invulling van artikel 126v Sv bleek echter niet aan te sluiten bij de wensen uit de praktijk. In de eindevaluatie van de Wet BOB werden de voornaamste bezwaren als volgt samengevat: ‘de verwachting dat de rechter een stelselmatige informant eerder op zitting zal willen zien, onduidelijkheid welke (CIE-)informatie aan het dossier moet worden toegevoegd en welke informatie moet worden gedeeld met de zaaksofficier’.⁶⁴³ Om deze redenen werd veelal teruggevallen op algemeen taakstellende bepalingen. Er is hierdoor weinig ervaring opgedaan met de toepassing van artikel 126v Sv. Tegen deze achtergrond verdienen de juridische verschillen in het runnen van informanten op basis van artikel 3 Polw 2012 en artikel 126v Sv nader aandacht. Hierover kan het volgende worden opgemerkt.

Het uitgangspunt bij de inzet van informanten op basis van artikel 3 Polw 2012 is dat informanteninformatie geen bewijs oplevert. Gebleken is dat dit een terecht uitgangspunt is. De strafvorderlijke eisen die aan bewijs worden gesteld staan te zeer in de weg aan de gewenste afscherming van de identiteit van de informant en bovendien bestaat het gevaar van dubbeltelling. Ook met de toepassing van artikel 126v Sv kan recht worden gedaan aan het voornoemde uitgangspunt. De vruchten van bijzondere opsporingsbevoegdheden hoeven immers niet als bewijs te dienen, maar kunnen ook als startinformatie gebruikt worden.⁶⁴⁴ Evenals bij de toepassing van algemeen taakstellende bepalingen, is het de rechter die een afweging maakt omtrent het gebruik van de informatie als bewijs. Op dit punt wijkt de toepassing van artikel 126v Sv dus niet af van de huidige praktijk.

⁶⁴¹ Zie bijv. HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2492, *NJ* 2011/293 m.nt. Buruma (MMA-melding) en HR 29 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8497, *NJ* 2011/579 (CIE-melding).

⁶⁴² Brinkhoff 2014, p. 135.

⁶⁴³ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 29 940, nr. 1, p. 18.

⁶⁴⁴ Aldus ook Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 193.

De toepassing van artikel 126v Sv heeft wel gevolgen voor de samenstelling van het procesdossier. Zo dient de informatieplicht die uit de artikelen 126aa en 126bb Sv voortvloeit te worden nageleefd. Dit leidt er onder meer toe dat informatie over de inzet van informanten wordt gevoegd bij de processtukken en dat mededeling wordt gedaan aan de betrokkene van de toepassing van de betreffende bevoegdheid. Toch is hier een nuancering op zijn plaats. De notificatieplicht wordt weinig nageleefd en er ontstaat bovendien pas een noodzaak tot voeging bij de processtukken 'zodra het belang van het onderzoek dat toelaat'.⁶⁴⁵ Bovendien is het de vraag of hiermee meer informatie wordt prijsgegeven dan dat via de route van artikel 3 Polw 2012 zou gebeuren; ook in dat geval is voor de verdediging veelal kenbaar dat gebruik is gemaakt van anonieme start- of sturingsinformatie. Daarnaast is de officier van justitie onder omstandigheden bevoegd, na machtiging van de rechter-commissaris, om dergelijke stukken buiten het dossier te houden.⁶⁴⁶

Tegen deze achtergrond is een relativering van de risico's die de toepassing van artikel 126v Sv meebrengt op zijn plaats. Ook met artikel 126v Sv kan een balans gevonden worden tussen de effectieve rechtshandhaving en het waarborgen van de belangen van de betrokken informant. Tegelijkertijd moet geconstateerd worden dat de discussie over artikel 126v Sv niet op zichzelf staat. In breder verband blijkt de toetsing van 'afbreukgevoelige onderzoeksmethoden' moeilijk vorm te geven.⁶⁴⁷ Met verschillende procedures in het strafrecht is getracht om een balans te vinden tussen anonimiteit en openbaarheid. Besproken zijn de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken en de mogelijkheid om bedreigde getuigen anoniem te horen. De jurisprudentie laat evenwel zien dat de verhouding tussen de strafrechter, de officier van justitie en de verdediging nog steeds complex is. De verschillende belangen zijn, als het gaat om de inzet van informanten, niet altijd met elkaar te verenigen. De discussie omtrent artikel 126v Sv kan niet los gezien worden van deze context.

De hiervoor geschetste situatie is onwenselijk, omdat hiermee de toetsing van informanteninformatie moeizaam tot stand komt. Om dit te ondervangen, is het geboden om een zogeheten *non-disclosure* procedure te introduceren. In deze afzonderlijke procedure kan voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting duidelijkheid worden verschaft over de rechtmatigheid van de inzet van informanten in het voorbereidend onderzoek. Indien informanteninformatie als start- of sturingsinformatie wordt gebruikt, is een volledige toetsing van deze informatie immers niet noodzakelijk. Een rechtmatigheidstoets volstaat in dat geval.⁶⁴⁸ Hierbij kan aansluiting gezocht worden

⁶⁴⁵ Art. 126bb lid 1 Sv. Zie nader Eindevaluatie Wet BOB 2004, p. 145-147.

⁶⁴⁶ Art. 149b Sv.

⁶⁴⁷ Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 312. Vgl. Korten 2015, p. 266-268 over kluisverklaringen waarbij een vergelijkbare problematiek speelt.

⁶⁴⁸ Zie ook Brinkhoff 2014, p. 128.

bij het voorstel van Van der Bel, Van Hoorn en Pieters.⁶⁴⁹ Op verzoek van de officier van justitie zou de rechter-commissaris moeten toetsen of de inzet van informanten op een rechtmatige wijze is geschied. Evenals bij de regeling van bedreigde getuigen, is het oordeel van de rechter-commissaris bindend voor de zittingsrechter. Als compensatie voor de verdediging moet gelden dat zij gehoord wordt door de rechter-commissaris en dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting de verdediging de zittingsrechter mag verzoeken om te beoordelen of de afscherming nog steeds noodzakelijk is.⁶⁵⁰ Met deze procedure kan een goede balans gevonden worden tussen de belangen van de rechter, de verdediging, het Openbaar Ministerie en de informant.

Hierbij acht ik het wel van belang dat de reikwijdte van artikel 126v Sv wordt verruimd. Deze bepaling biedt voor de rechter-commissaris een duidelijk kader om de rechtmatigheid van het overheidsoptreden te toetsen. De controleerbaarheid van de inzet van stelselmatige tipgevers wordt hierdoor bevorderd en de integriteit van de opsporing kan hiermee worden bewaakt. Aan de bijdragen van informanten aan het strafproces zijn immers risico's verbonden. Niet zonder reden maakt het TCI veel werk van het controleren van de betrouwbaarheid van informanten. Van der Bel, Van Hoorn en Pieters stellen dat de wetgever nu eenmaal niet gekozen heeft om de integriteit van de opsporing in artikel 126v Sv een rol te geven.⁶⁵¹ Dit argument overtuigt niet. De BOB-wetgeving is onder andere voortgevloeid uit de noodzaak om de integriteit van de opsporing te bewaken.⁶⁵² De motieven van de informant om samen te werken met de politie zijn immers niet altijd duidelijk. Gezien deze achtergrond zal de integriteit van de opsporing wel degelijk een rol moeten spelen bij de invulling van artikel 126v Sv.⁶⁵³ Brinkhoff merkt terecht op dat 'een deel van de door de Commissie-Van Traa voorgestane controle op het rechtmatige en integere handelen van het TCI niet tot stand is gekomen'.⁶⁵⁴ Daardoor is meer dan oorspronkelijk bedoeld is de controle op de inzet van informanten een interne aangelegenheid van het TCI geworden. Om een ruimere toepassing van artikel 126v Sv te bewerkstelligen, kan aansluiting gezocht worden bij de wetgeving in de overzeese delen van ons Koninkrijk. In deze wetgeving is het begrip 'stelselmatig' bij politiële observatie vervangen door de term 'planmatig', zodat sneller een machtiging noodzakelijk is.⁶⁵⁵ Hiermee wordt de controleerbaarheid van de inzet van informanten bevorderd. Immers, het op de inzet van stelselmatige informanten geënte artikel 126v Sv biedt meer ruimte voor toetsing – bijvoorbeeld

⁶⁴⁹ Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p 316. Zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 455 en 456.

⁶⁵⁰ Zie in dit kader EHRM 11 januari 2011, 6684/05 (*McKeown/Verenigd Koninkrijk*).

⁶⁵¹ Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 192 en 193. Vgl. Vermaas 2005.

⁶⁵² *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 3.

⁶⁵³ Aldus ook Buruma 2001, p. 103 en 104.

⁶⁵⁴ Brinkhoff 2014, p. 131. Zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 429.

⁶⁵⁵ Art. 177l Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba.

van het nakomen van de artikel 126v-overeenkomst – dan het weinig concrete ‘daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde’ uit artikel 3 Polw 2012. Nu moeten er van dit rechterlijke toezicht geen overspannen verwachtingen bestaan. Zo stelt de Hoge Raad zich de laatste jaren erg terughoudend op bij het sanctioneren van begane onrechtmatigheden.⁶⁵⁶ Daarnaast zal – indien de rechter de informanteninformatie als bewijs wil gebruiken – het afschermingsbelang voor de zaaksofficier blijven prevaleren. Vergaande transparantie laat zich niet afdwingen, maar dat is ook niet noodzakelijk. Van belang is dat het vaker aangaan van een artikel 126v-overeenkomst van de betrokken officier van justitie een (wettelijk vereist) moment van bezinning vergt over de inzet van een informant.⁶⁵⁷ Ook met de nieuwe wetsredactie blijft er een categorie informanten bestaan die op basis van een algemene taakstellende bevoegdheid wordt gerund, maar om een regeling voor alle informanten was het de BOB-wetgever ook niet te doen. Bovendien biedt het alternatief, waarin vastgehouden wordt aan de huidige wetsredactie, nog minder waarborgen.

Naar mijn mening bestaat er dan ook voldoende aanleiding om de huidige *status quo* te doorbreken. Met de invoering van een *non-disclosure* procedure en een ruimere formulering van artikel 126v Sv kan aangesloten worden bij de systematiek van de Wet BOB, kan tegemoet worden gekomen aan de legitieme eisen die de praktijk stelt rondom het waarborgen van de anonimiteit van de informant en hoeft bovendien niet teruggevallen te worden op weinig specifieke algemene taakstellende bepalingen.

3.4 De burgerinfiltrant

3.4.1 Algemeen

Het uitgangspunt bij de inzet van informanten is dat zij geen strafbare feiten onder regie van politie en justitie plegen. Het is op dit punt dat deze burger kan worden onderscheiden van de in artikel 126w Sv geregelde burgerinfiltrant. Een infiltrant neemt in opdracht van de officier van justitie deel of verleent medewerking aan een groep van personen in het criminele milieu. Het plegen van strafbare feiten is niet uitgesloten.⁶⁵⁸ In de praktijk bleek het strikte onderscheid tussen burgerinformanten en -infiltranten niet altijd gemakkelijk vol te houden. De Commissie-Kalsbeek signaleerde het probleem dat een informant die kleine hand- en spandiensten verleent, als infiltrant zou worden aangemerkt.⁶⁵⁹

Nu de artikel 126v-overeenkomst dergelijk handelen niet dekt, zal de informant bepaalde kleine bijdragen aan de criminele organisatie moeten weigeren. Zijn rol

⁶⁵⁶ Zie nader hfd. 5. §2.3.1.2.

⁶⁵⁷ Brinkhoff 2009, p. 132.

⁶⁵⁸ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 403, nr. 7, p. 72.

⁶⁵⁹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 269, nr. 5, p. 46.

als informant zou hierdoor sneller aan het licht kunnen komen. Bovendien vergroot het de kans dat hij als getuige op een zitting wordt opgeroepen, omdat het handelen van infiltranten veelal ter discussie staat vanwege de daaraan verwante risico's, zoals overtreding van het hierna nog te behandelen uitlokkingsverbod. De aanbeveling van de Commissie-Kalsbeek dat een informant bepaalde hand- en spandiensten van geringe importantie mag plegen, werd via een motie in de Tweede Kamer aanvaard.⁶⁶⁰ Deze handelingen mochten echter niet – anders dan de commissie had aanbevolen – dienstig zijn aan de realisering van strafbare feiten waarop de informatie van de informant betrekking heeft.⁶⁶¹ Die ruimte biedt de regeling van burgerinfiltratie ingevolge artikel 126w Sv wel.

3.4.2 Artikel 126w, 126x en 126zu Sv

Bij burgerinfiltratie is, veel meer dan bij stelselmatige informatie-inwinning, de integriteit van de opsporing in het geding. Immers, deze burgers hebben toestemming om binnen bepaalde kaders onder gezag van politie en justitie strafbare feiten te plegen. Een goede controle op het handelen van dit type burgers is daarom onontbeerlijk. Bij de toepassing van de infiltratiebevoegdheid zijn burgers veelal gebonden aan dezelfde voorwaarden als opsporingsambtenaren. Zo geldt het zogenaamde Tallon-criterium onverkort: de infiltrant mag bij de uitvoering van deze vorm van bijstand een persoon niet brengen tot andere strafbare feiten dan waarop diens opzet reeds tevoren was gericht.⁶⁶² Daarbij moet de kanttekening geplaatst worden dat uitlokking op zichzelf niet voldoende is om tot dit oordeel te komen.⁶⁶³ Het kan zijn dat ook zonder het handelen van de vermeende uitlokker de verdachte bepaalde misdrijven zou hebben gepleegd.⁶⁶⁴ Ondanks deze nuance blijft het risico op uitlokking door een burgerinfiltrant bestaan. Zo kan bij (een door de overeenkomst gedekte) pseudokoop een ander tot strafbare feiten gebracht worden.⁶⁶⁵ Het ontbreken van een verbaliseringsplicht zoals die op grond van artikel 152 Sv voor opsporingsambtenaren geldt, maakt controle op de naleving van het instigatieverbod lastig.⁶⁶⁶ De procedure voor het gebruik van een burgerinfiltrant is dan ook met veel waarborgen omgeven. De Centrale Toetsingscommissie geeft advies,

⁶⁶⁰ *Kamerstukken II 1999/00*, 26 269, nr. 18.

⁶⁶¹ §2.7 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442. De CI-officier van justitie kan op basis van art. 126ij Sv toestemming verlenen voor het plegen van strafbare feiten die dienstig zijn aan de realisering van strafbare feiten. Art. 126aa lid 4 Sv schrijft in dat geval voor dat van het gebruik van deze bevoegdheid melding in de processtukken wordt gemaakt. Vanwege de vereiste afscherming van de identiteit van informanten wordt zeer terughoudend omgegaan met de besproken bevoegdheid.

⁶⁶² Art. 126w lid 3 Sv; 126x lid 3 en 126zu lid 2 jo. 126w 3 lid Sv.

⁶⁶³ HR 23 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2194, *NJ* 2001/218 m.nt. Buruma.

⁶⁶⁴ Vgl. *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 31.

⁶⁶⁵ Vgl. Frielink 1990, p. 36 en 37 en Frielink 2014, p. 141-144.

⁶⁶⁶ Vgl. Frielink 2014, p. 142 en 143 over de belangrijke rol die het ambtsedige p-v speelt bij de naleving van het instigatieverbod bij politieke infiltratie.

de minister van Veiligheid en Justitie moet worden geconsulteerd en instemming van het College van procureurs-generaal is vereist.⁶⁶⁷ Daarnaast zijn waarborgen van materiële aard opgenomen: burgerinfiltratie komt eerst aan bod als het onderzoek dit dringend vordert en niet kan worden volstaan met een bevel tot infiltratie door een opsporingsambtenaar, terwijl het moet gaan om een misdrijf van een zekere ernst.⁶⁶⁸ Deze combinatie van voorwaarden demonstreert de terughoudendheid die er aan de zijde van de wetgever bestaat bij de inzet van dit type burgerbijstand.⁶⁶⁹ Anders dan bij artikel 126v Sv, staat bij de regeling van burgerinfiltratie de integriteit van de opsporing centraal. Het aan privacy gekoppelde bestanddeel 'stelselmatig' ontbreekt dan ook in de omschrijving van artikel 126w Sv. Bovendien is ook – indien aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan – terughoudendheid in de toepassing van de toegestane ruimte tot het plegen van strafbare feiten geboden. Voor de invulling van deze grenzen zijn geen duidelijke kaders voorhanden, maar voorop dient te staan dat het doel van de infiltratie niet alle middelen heiligt. Terughoudendheid is geboden en in de geest van de bepaling dient altijd beoordeeld te worden of de integriteit van de opsporing niet in het geding komt.

De Tweede Kamer was van mening dat de integriteit van de opsporing zeker in het geding komt indien gebruik wordt gemaakt van criminele burgerinfiltranten. Op gronden van 'een hoog processueel afbreukrisico', de slechte controleerbaarheid en de motieven van de crimineel om als infiltrant op te treden, werd door middel van een motie een ban gelegd op het gebruik van criminele burgerinfiltranten.⁶⁷⁰ De motie werd door toenmalig minister van Justitie Korthals overgenomen met de stelling dat 'de criminele burgerinfiltrant niet moet mogen'.⁶⁷¹ Daarmee was hij een andere mening toegedaan dan het kabinet voor hem, dat een 'muizengaatje' open wilde houden voor exceptionele gevallen.⁶⁷² De Wet BOB sloot het gebruik van dergelijke infiltranten namelijk niet uit, mits er met grote terughoudendheid mee werd omgegaan.⁶⁷³ De Commissie-Van Traa was daarentegen wel afwijzend: 'De commissie komt tot het eindoordeel dat van criminele burgerinfiltranten die onder regie van politie en justitie strafbare feiten plegen, geen gebruik moet worden gemaakt'.⁶⁷⁴ De door de Tweede Kamer aanvaarde motie was dan ook verklaarbaar in het licht van deze aanbeveling.

⁶⁶⁷ Art. 140a Sv jo. 131 lid 5 RO.

⁶⁶⁸ Art. 126h jo. 126p Sv.

⁶⁶⁹ Dit zijn niet de enige waarborgen om de integriteit van de opsporing in het kader van infiltratie te bewaken. Zo kan gewezen worden op de regel dat de door burgerinfiltratie gegenereerde inkomsten overeenkomstig de Regeling financieel beheer infiltratie (*Scrt.* 1998, 141) ten bate van de begroting Veiligheid en Justitie komt.

⁶⁷⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 403, nr. 33.

⁶⁷¹ *Handelingen II* 1998/99, 24, p. 1558.

⁶⁷² *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 46, p. 15 en 16 en *Handelingen II* 1998/99, 23, p. 1470.

⁶⁷³ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 403, nr. 3, p. 47.

⁶⁷⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 464.

Het resoluut afsluiten van de mogelijkheid van de inzet van criminele burgerinfiltranten zorgde echter voor nieuwe problemen. Zo rees de vraag wat de juridische status was van de motie.⁶⁷⁵ De Rechtbank Amsterdam achtte zich bijvoorbeeld niet gebonden aan de motie, daar de motie niet door wetgeving was gevolgd.⁶⁷⁶ De Rechtbank Rotterdam daarentegen strafte het gebruik van een criminele burgerinfiltrant af door het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk te verklaren.⁶⁷⁷ In hoger beroep hield deze niet-ontvankelijkheidsverklaring echter geen stand, onder meer omdat de rechtbank het bestaan van het infiltratietraject en de wetenschap daarvan bij getuigen onvoldoende had onderbouwd.⁶⁷⁸ Relevant is dat in de Aanwijzing Opsporingsberichtgeving het verbod op het gebruik van criminele burgerinfiltranten was verwoord.⁶⁷⁹ Daarmee werd – nu deze Aanwijzing als recht kan worden geduid⁶⁸⁰ – het verbod ook rechtens inroepbaar.

Het besef groeide langzamerhand dat de inzet van criminele burgerinfiltranten in bepaalde gevallen noodzakelijk was voor de opsporing. Zo werd gedacht dat de inzet van criminele burgerinfiltranten soms de enige manier was om ernstige misdrijven – gewezen werd op de aanslagen van 11 september 2001 – te voorkomen.⁶⁸¹ Er werd daarom besloten om het gebruik van criminele burgerinfiltranten toe te staan bij opsporingsonderzoeken naar terroristische misdrijven.⁶⁸² Deze stap versterkte de roep om een algemene herbezinning van het verbod, zoals door Bleichrodt reeds werd bepleit.⁶⁸³ In 2013 ging de regering overstag.⁶⁸⁴ De hierop volgende debatten leidden tot de aanvaarding van een motie waarin de inzet van criminele burgerinfiltranten weer mogelijk werd gemaakt.⁶⁸⁵ De minister vond het niet aangewezen om deze koerswijziging met wetgeving te ondersteunen, omdat het bestaande juridische kader reeds voldoende waarborgen bood.⁶⁸⁶ Dat lijkt mij een te verdedigen standpunt.⁶⁸⁷ Bij

⁶⁷⁵ Kritisch hierover Bleichrodt 2010, p. 24, die spreekt van een ‘curieuze staatsrechtelijke variant’.

⁶⁷⁶ Rb. Amsterdam 30 januari 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AA9712.

⁶⁷⁷ Rb. Rotterdam 16 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3203.

⁶⁷⁸ Hof Den Haag 15 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4062.

⁶⁷⁹ §2.9 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2012, 10486.

⁶⁸⁰ Het betreft een binnen de bestuursbevoegdheid van het Openbaar Ministerie vastgesteld en behoorlijk bekendgemaakte regel (in *Stcrt.* 2009, 51), waardoor de Aanwijzing geduid kan worden als recht in de zin van art. 79 RO. Zie HR 19 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8556, *NJ* 1991/119 m.nt. Scheltema en Van Veen.

⁶⁸¹ *Handelingen II* 2001/02, 20, p. 1373 en 1374.

⁶⁸² *Kamerstukken II* 2002/03, 27 834, nr. 28.

⁶⁸³ Bleichrodt 2010, p. 24 en 25, herhaald in Bleichrodt & Moerman 2013, p. 571 en 572 en onderschreven door Groenhuijsen 2013, p. 611.

⁶⁸⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 83, m.n. p. 4-6.

⁶⁸⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 173; *Handelingen II* 2013/14, 64, item 10 en *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 192.

⁶⁸⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 173, p. 21 en 25.

⁶⁸⁷ Anders: Janssen 2014, p. 709 die betoogt dat de wetsgeschiedenis noopt tot een specifieke wettelijke basis.

andere vormen van bijstand aan de opsporing door burgers wordt een differentiatie ten aanzien van antecedenten evenmin gemaakt en ik voorzie geen problemen omtrent de benodigde rechterlijke toetsing van de naleving van de voorwaarden die gelden rondom de inzet van criminele burgerinfiltranten, te meer daar – zoals hierna zal blijken – de voorwaarden in hoofdlijnen reeds in de wet zijn terug te vinden.

De voormelde koerswijziging leidde ertoe dat – evenals bij opsporingsonderzoeken die betrekking hebben op terrorisme – in zeer uitzonderlijke gevallen burgerinfiltratie door criminele burgers is toegestaan. Daartoe wordt een (extra) subsidiariteitskader gebruikt: enkel als de officier van justitie van oordeel is dat de inzet van een opsporingsambtenaar of niet-criminele burger geen alternatief biedt, staat het gebruik van criminele burgerinfiltranten open. Dit betreft een betrekkelijk vaag criterium; veelal is onduidelijk of met lichtere middelen niet eenzelfde resultaat kan worden geboekt. Daarnaast geldt dat de minister van Veiligheid en Justitie expliciet toestemming moet verlenen voor de inzet van de criminele burgerinfiltrant.⁶⁸⁸ Dit lijkt een extra waarborg, maar is in feite een continuatie van de bestaande wettelijke regeling waar artikel 140a Sv jo. 131 lid 5 Wet RO reeds toe verplicht: de beslissing van het College van procureurs-generaal met betrekking tot de inzet van burgerinfiltranten wordt voorgelegd aan de minister van Veiligheid en Justitie.⁶⁸⁹ Hoewel deze bepaling enkel het overleg met de minister voorschrijft en niet diens toestemming, zie ik hierin geen wezenlijk verschil. Uit het feit dat het overleg tussen de minister en het college specifiek staat voorgeschreven volgt reeds dat dit overleg geen vrijblijvend karakter heeft, waarbij de minister bovendien via de – uiteraard terughoudend toe te passen – bijzondere aanwijzingsbevoegdheid uit artikel 127 Wet RO sturend kan optreden. Ook voor het overige worden geen specifieke nadere eisen genoemd die afwijken van het bestaande kader.⁶⁹⁰ De minister bevestigt dat er geen groei-infiltranten worden gebruikt, die voor langere tijd zich binnen een criminele organisatie begeven en daarin ‘groeien’. Dit groeien is veelal enkel mogelijk door volwaardig crimineel handelen. Dergelijk handelen stond aan de basis van de IRT-affaire, waardoor het begrijpelijk is dat het verbod hierop wordt gehandhaafd.⁶⁹¹

Met de brief kwam ook de discussie los over het door de voorzitter van de Tweede Kamer getypeerde ‘trauma’ van het gebruik van criminele burgerinfiltranten.⁶⁹² Zo onderschrijft Buruma de opheffing van het verbod, maar waarschuwt hij voor

⁶⁸⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 192.

⁶⁸⁹ Zie ook art. 11 lid 2 Reglement van Orde College van procureurs-generaal, *Stcrt.* 1999, 106.

⁶⁹⁰ Het in de motie-Recourt (*Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 192) opgenomen vereiste dat sprake moet zijn van ‘zeer gesloten criminele groeperingen die zich schuldig maken aan de ernstigste vormen van ondermijnende en georganiseerde criminaliteit’ lijkt mij te vereenzelvigen met de eveneens in de motie opgenomen vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.

⁶⁹¹ Zie nader Kruisbergen & De Jong 2010, p. 37-39.

⁶⁹² *Kamerstukken II* 2011/12, 29 911, nr. 70, p. 17.

potentieel misbruik door criminele burgerinfiltranten.⁶⁹³ Andere kritische geluiden komen van oud-leden van de parlementaire enquêtecommissie. Zo wijst oud-vicevoorzitter De Graaf, evenals Buruma, op de moeilijkheden omtrent het sturen van dergelijke infiltranten.⁶⁹⁴ De door de minister genoemde randvoorwaarden noemt hij onvoldoende om de risico's te ondervangen. Zo blijft de controle grotendeels afhankelijk van de informatieverlening van de criminele burgerinfiltrant zelf. Ook oud-burgemeester van Amsterdam Van Thijn, destijds verantwoordelijk voor het Interregionale Rechercheteam, is niet overtuigd. Hij hekelt het collectieve geheugen van het parlement, dat geen goed oog heeft voor de risico's die in het verleden hebben gespeeld.⁶⁹⁵ Daar kan tegenover gesteld worden dat – anders dan in het verleden – thans een wettelijke grondslag bestaat voor dergelijk handelen. Daarmee is de rechterlijke controle en transparantie beter gewaarborgd. Ook kan gewezen worden op de investeringen in interne controlemechanismen, waardoor getracht wordt de risico's die de inzet van deze opsporingsmethode met zich brengt te minimaliseren.⁶⁹⁶ Overigens dient gewaakt te worden dat deze mechanismen verlammend werken voor de praktijk, daar bij de inzet van een criminele burgerinfiltrant zoveel partijen betrokken zijn dat dit een effectieve inzet van deze opsporingsmethode in de weg kan staan. Dit zou kunnen verklaren waarom het nog niet tot de inzet van een dergelijke burger in de bijzondere opsporing is gekomen.

Een rol die in de discussie enigszins onderbelicht is gebleven, is die van de criminele burgerinfiltrant zelf. Boorsma vroeg in het verleden al eens aandacht voor de gevaren waaraan een burgerinfiltrant wordt blootgesteld, maar in de literatuur krijgt dit aspect van de inzet van burgerinfiltranten weinig aandacht.⁶⁹⁷ Ook in de wetsgeschiedenis lijkt dit thema enkel zijdelings een rol te spelen.⁶⁹⁸ Dit terwijl de zorgplicht van de Staat zich ook uitstrekt over personen die door hun bijdrage aan de opsporing gevaar lopen.⁶⁹⁹ Naar aanleiding van de omslag in het beleid betreffende de inzet van burgerinfiltranten spraken oud-infiltranten over hun ervaringen. Zo verloor een (niet-criminele) burgerinfiltrant die in de IRT-affaire een rol speelde zijn

⁶⁹³ Buruma 2013.

⁶⁹⁴ M. Haenen, 'Grote risico's bij inzetten van infiltranten' (interview), *NRC Handelsblad* 8 juli 2013, p. 1.

⁶⁹⁵ 'Altijd wat', *NCRV Nederland* 2, 20 augustus 2013.

⁶⁹⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 173, p. 23.

⁶⁹⁷ Boorsma 1996.

⁶⁹⁸ In *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 29 worden zorgen geuit over de risico's van *politiële* infiltratie, zoals het risico op represailles. In *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 83, p. 10 en 11 besteedde de minister enige overwegingen aan het ondervangen van risico's van de inzet van infiltranten, maar de nadruk lag hierbij op risico's gedurende het traject en niet op de inzet als zodanig. In *Kamerstukken II* 1985/86, 19 328, nr. 1, p. 5 reflecteert het Openbaar Ministerie kort op dit thema, waarbij gewezen wordt op de korte duur van het infiltratietraject, waardoor de identiteit van de infiltrant beter kan worden gewaarborgd.

⁶⁹⁹ Korten 2015, p. 262.

klantenkring, omdat het vertrouwen in hem was verloren.⁷⁰⁰ Daarnaast spelen risico's gedurende het infiltratietraject. Het is goed voorstelbaar dat ontmaskering de infiltrant in levensgevaar brengt. Het verdient aanbeveling om bij de afweging van het al dan niet inzetten van burgerinfiltranten een prominente plaats te geven aan de gevaren waaraan een (criminele en niet-criminele) burgerinfiltrant wordt blootgesteld. De roep om de inzet van burgerinfiltranten vloeit vooral voort uit het opsporingsbelang: criminele organisaties zijn dusdanig afgeschermd dat de inzet van criminele burgerinfiltranten noodzakelijk is.⁷⁰¹ Het opsporingsbelang dat hierbij leidend is, mag echter niet ten koste gaan van de andere risico's die spelen. Dit zou in het thans te abstracte (dubbele) subsidiariteitskader moeten worden meegenomen. Allicht kunnen bepaalde typen misdrijven worden aangewezen die de inzet van een criminele burgerinfiltrant rechtvaardigen. Daarnaast zou een periodieke rapportage aan de CTC of de minister omtrent de voortgang van het infiltratietraject geboden zijn, omdat de risico's zich veelal pas gedurende de infiltratie manifesteren. Op een dergelijk speelveld kan niet voorzichtig genoeg geschaakt worden.

3.5 De burgerpseudokoop en -dienstverlening

3.5.1 Algemeen

Bij de interpretatie van de wettelijke regeling van de inzet van burgers in de bijzondere opsporing dient in aanmerking genomen te worden dat hiermee 'slechts' een juridische werkelijkheid wordt gecreëerd, die niet per definitie een weerspiegeling vormt van de bestaande praktijk. De omgang met de informantenregeling toonde dit reeds aan. Daarnaast zouden de afzonderlijke wettelijke regelingen de suggestie kunnen wekken dat de inzet van burgers in de bijzondere opsporing leidt tot afzonderlijke trajecten, die niet samen kunnen gaan. Dat is juist voor zover deze constatering betrekking heeft op de informantenbepaling en de regeling omtrent de inzet van infiltratie; deze bepalingen sluiten elkaar op grond van het strafbare feit-criterium uit.⁷⁰² Maar voor het overige kunnen meerdere bepalingen van toepassing zijn op de inzet van een burger in de bijzondere opsporing. In het bijzonder kan gewezen worden op burgerpseudokoop en -dienstverlening. Deze in artikel 126ij Sv neergelegde regeling ziet op vormen van burgerbijstand waarbij een burger goederen of gegevens veinst af te nemen van een verdachte. Pseudokoop en -dienstverlening kunnen deel uitmaken van het infiltratietraject zoals dat in de voorafgaande paragraaf is besproken. Het

⁷⁰⁰ M. Haenen, 'Justitie moet weer boeven met boeven vangen', *NRC Handelsblad* 8 juli 2013, p. 5.

⁷⁰¹ Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 19 328, nr. 1, p. 1 waarin het Openbaar Ministerie op vergelijkbare gronden de noodzaak tot infiltratietrajecten betoogde.

⁷⁰² Zie nader Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 211-220.

infiltratietraject kan bijvoorbeeld als opmaat dienen voor de pseudokoop.⁷⁰³ Een aparte overeenkomst met de burger is niet noodzakelijk, maar deze pseudovarianten dienen wel opgenomen te zijn in de overeenkomst tot burgerinfiltratie. Daarvoor is de afzonderlijke toestemming van het College van procureurs-generaal vereist, evenals de daarmee samenhangende toetsing door de Centrale Toetsingscommissie.⁷⁰⁴ Indien niet geheel duidelijk is onder welke bevoegdheid de bijstand van de burger valt, zal het infiltratieregime moeten gelden.⁷⁰⁵ De pseudovarianten maken niet altijd deel uit van een infiltratietraject. In bepaalde gevallen heeft de pseudohandeling een eenmalig karakter. Dit verklaart de separate regeling van deze pseudobevoegdheden.

3.5.2 Artikel 126ij, 126z en 126zt Sv

Anders dan bij stelselmatige observatie, kunnen privacyaspecten de codificatie van pseudovormen slechts gedeeltelijk verklaren. Het EHRM achtte (politiële) pseudokoop op zichzelf niet strijdig met het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op privacy.⁷⁰⁶ In die zaak pleegde de persoon die een beroep deed op schending van dit artikel strafbare feiten en derhalve liep hij het risico ontmaskerd te worden door een undercoveragent, aldus het EHRM. De inzet van de pseudokoper leidde daarom niet tot een inbreuk op het recht op privacy als bedoeld in artikel 8 lid 1 EVRM.⁷⁰⁷ Desondanks achtte de wetgever een wettelijke basis toch noodzakelijk, voor het geval dat er toch sprake was van een inbreuk op dit grondrecht.⁷⁰⁸ Achteraf gezien bleek dit een juiste keuze van de wetgever, aangezien het EHRM in latere jurisprudentie heimelijke opsporingsmethoden sneller in strijd achtte met het recht op privacy dan toentertijd werd verondersteld.⁷⁰⁹ Desalniettemin is bij pseudohandelingen het privacyaspect in mindere mate in het geding. Om die reden is het begrijpelijk dat de randvoorwaarden voor de toepassing van pseudokoop en -dienstverlening minder streng zijn dan bij burgerinfiltratie. Zo is de instemming van het College van procureurs-generaal in principe niet vereist.⁷¹⁰ Het subsidiariteitsvereiste geldt echter onverkort: enkel indien de officier van justitie van oordeel is dat geen politieel pseudobevel kan worden gegeven, komt artikel 126ij

⁷⁰³ Frielink 1990, p. 4.

⁷⁰⁴ §2.9 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442.

⁷⁰⁵ §2.8 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442.

⁷⁰⁶ EHRM 15 juni 1992, 12433/86, *NJ* 1993/711 m.nt. Alkema (*Lüdi/Zwitserland*).

⁷⁰⁷ EHRM 15 juni 1992, 12433/86, r.o. 40, *NJ* 1993/711 m.nt. Alkema (*Lüdi/Zwitserland*). Het gebruik van een telefoontap leidde wel tot een inbreuk op het recht op privacy, maar op grond van de beperkingsclausules uit art. 8 lid 2 EVRM werd geen schending van art. 8 EVRM aangenomen.

⁷⁰⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 10.

⁷⁰⁹ Frielink 2014, p. 140 en 141 en zijn verwijzing naar EHRM 25 september 2001, 44787/98, *NJ* 2003/670 m.nt. Dommering (*P.G. & J.H./Verenigd Koninkrijk*).

⁷¹⁰ In §5.1 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442 is een uitzondering opgenomen indien er een inkomend rechtshulpverzoek komt waarbij een burger zou worden ingezet die een strafrechtelijke achtergrond heeft. Opvallend is dat antecedenten geen rol van betekenis spelen in een 'normale' 126ij-situatie.

Sv in aanmerking.⁷¹¹ Ondanks het mildere regime gaat het ook hier om een risicovolle opsporingsbevoegdheid, waarbij met name het gevaar van uitlokking niet onderschat moet worden.

Het eerste lid van artikel 126ij Sv onderscheidt drie vormen van bijstandverlening. Allereerst kan de burger goederen afnemen van de verdachte. Gedacht kan worden aan het afnemen van een partij drugs. Daarnaast kunnen – kort gezegd – gegevens, veelal via internet, worden afgenomen van de verdachte. Deze bevoegdheid ontbreekt in de regeling van artikel 126z Sv, terwijl bij de politieke tegenhanger en in de andere domeinen zulks wel mogelijk is.⁷¹² De reden hiervoor blijkt niet helder uit de wetsgeschiedenis. Wel was bij de behandeling van het wetsvoorstel Computercriminaliteit II de regering van mening dat een grondslag voor burgerpseudokoop op internet niet noodzakelijk was, omdat de politie zonder tussenkomst van burgers tot hetzelfde resultaat kan leiden.⁷¹³ Bij het gebruik van een videoverbinding is een dekmantel echter lastiger.⁷¹⁴ Daarom is gekozen voor uitbreiding van artikel 126ij Sv. Over artikel 126z Sv wordt echter niet gerept. Dergelijk handelen lijkt bij een overeenkomst tot pseudohandelingen van een criminele organisatie dan ook uitgesloten. Een dergelijke begrenzing kent de bevoegdheid tot het verlenen van diensten aan de verdachte niet; deze bevoegdheid is in alle drie de domeinen toegekend. Corstens noemt bij deze pseudodienstverlening het voorbeeld van het aanbieden van een opslagplaats voor drugs.⁷¹⁵ In de jurisprudentie wordt niet snel aangenomen dat er sprake is van deze pseudobevoegdheid. Zo werden de instructies aan een aangehouden drugskoerier om mee te werken aan het voortzetten van de overdracht van een partij drugs niet als pseudodienstverlening beschouwd. Het hof oordeelde dat de medeverdachte na zijn aanhouding slechts zijn al bestaande plannen heeft uitgevoerd om de drugs over te dragen en er daarom geen overeenkomst voor pseudodienstverlening vereist was. Dit oordeel van het hof getuigde volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en was evenmin onbegrijpelijk.⁷¹⁶

In 2011 is door de Hoge Raad, naast de drie hiervoor behandelde pseudovarianten, met de pseudoverkoop een vierde pseudovorm aanvaard.⁷¹⁷ Die aanvaarding is niet vanzelfsprekend. In de wetsgeschiedenis valt zelfs te lezen dat pseudoverkoop ‘in het

⁷¹¹ Art. 126ij lid 2 en 126z lid 2 Sv.

⁷¹² Art. 126q lid 1 sub b; 126ij lid 1 sub b en 126zt lid 1 sub a Sv.

⁷¹³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 671, nr. 3, p. 38 en *Kamerstukken II* 2000/01, 26 671, nr. 6, p. 19. Aldus ook Siemerink 2000, p. 50.

⁷¹⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 26 671, nr. 11, p. 2.

⁷¹⁵ Corstens & Borgers 2014, p. 516.

⁷¹⁶ HR 26 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5593, *NJ* 2010/77. Zie voor vergelijkbare casus Rb. Haarlem 27 oktober 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AZ1226 en Rb. Haarlem 1 juni 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ8165.

⁷¹⁷ HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, *NJ* 2012/159 m.nt. Schalken. Zie tevens Hof Amsterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2090, waarin de (politieke) pseudoverkoop van een geprepareerde auto niet gesanctioneerd wordt, onder andere omdat de auto een legaal goed betreft en er slechts een beperkte inbreuk op de privacy van de verdacht is gemaakt.

geheel niet mogelijk' is.⁷¹⁸ Een analyse van dat verbod laat volgens de Hoge Raad echter zien dat dit verbod betrekking heeft op verkoop waarbij een disproportionele inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van burgers en levering van goederen die zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.⁷¹⁹ De wetgever stond met name afwijzend tegenover pseudoverkoop omdat niet of slechts moeizaam kan worden aangetoond dat het instigatieverbod niet is overtreden.⁷²⁰ In dit kader merkt de Hoge Raad op dat het ging om op zichzelf niet verboden voorwerpen (een lading paracetamol en cafeïne). Bij dergelijke niet-illegale stoffen doet zich volgens de Hoge Raad in veel mindere mate het gevaar voor dat de wetgever in het bijzonder heeft willen vermijden ten aanzien van pseudoverkoop.⁷²¹ Bij de beoordeling of sprake is van uitlokking is de vraag leidend of zonder het optreden van de uitlokking er een strafbaar feit zou zijn gepleegd.⁷²² Zo niet, dan is er sprake van een schending van artikel 6 EVRM. Van wie het initiatief tot het contact kwam, is daarbij van belang. Bij de casus omtrent pseudoverkoop nam de Hoge Raad aan dat de verdachte niet is gebracht tot andere strafbare feiten dan waarop zijn opzet reeds tevoren was gericht, omdat de verdachte reeds eerder contact heeft gehad met het bedrijf. Dit initiatief tot contact wordt in de jurisprudentie vaker gebruikt om te onderzoeken of er sprake is van uitlokking.⁷²³ Nu het handelen in een schriftelijke overeenkomst tot burgerpseudodienstverlening tussen de niet-opsporingsambtenaar en de officier van justitie was vastgelegd, waarborgde dit in de ogen van de Hoge Raad de transparantie en toetsbaarheid van het handelen. De voorgaande omstandigheden konden volgens de Hoge Raad een uitzondering op het verbod op pseudoverkoop billijken.

Het in 2011 gewezen arrest inzake pseudoverkoop vestigt de aandacht op twee vragen: hoe valt deze uitspraak te rijmen met de keuze van de wetgever om deze pseudobevoegdheid niet in het Wetboek van Strafvordering op te nemen en welke rol speelt artikel 126ij Sv – het artikel waarop de officier van justitie de inzet van pseudoverkoop baseerde – hierbij? Vaststaat dat de wetgever afwijzend stond tegenover pseudoverkoop. Het hiervoor besproken arrest heeft echter aangetoond dat bij deze vorm van burgerbijstand niet altijd sprake is een disproportionele inbreuk

⁷¹⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 120.

⁷¹⁹ Vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 463, waarin de Commissie-Van Traa een uitzondering voorstelde ten aanzien van kleine hoeveelheden softdrugs.

⁷²⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 34.

⁷²¹ Vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 269, waarin de Commissie-Van Traa risico's ziet in het welbewust illegale goederen op de markt brengen door pseudoverkoop.

⁷²² EHRM 9 juni 1998, 44/1997, NJ 2001/471 m.nt. Knigge (*Teixeira de Castro/Portugal*).

⁷²³ Zie bijv. HR 26 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7233 en Hof Den Haag 12 april 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE4747. Jebbink 2007 is kritisch over de Nederlandse rechtspraak, omdat in de rechtspraak van het EHRM, anders dan in Nederland, ook waarde wordt gehecht aan feiten en omstandigheden die hebben plaatsgevonden voorafgaand aan het eerste contact. Zie voor een overzicht van de Straatsburgse jurisprudentie EHRM 4 november 2010, 18757/06 (*Bannikova/Rusland*).

op grondrechten van burgers en evenmin dat de levering van goederen zeer risicovol hoeft te zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. Onder die omstandigheden is een specifieke wettelijke regeling niet noodzakelijk en kan een algemeen taakstellende bepaling als grondslag dienen. De officier van justitie had daarentegen de inzet van de pseudoverkoper gestoeld op artikel 126ij lid 1 sub c Sv. De keuze voor dit artikel vloeit volgens de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden voort uit het feit dat burgerspseudoverkoop naar aard en strekking de grootste verwantschap vertoont met de burgerpseudodienstverlening.⁷²⁴ Artikel 126ij Sv fungeert in dit kader dus als een vangnetbepaling.⁷²⁵ Vastgesteld kan worden dat deze regeling niet is toegesneden op deze vorm van burgerbijstand. Bij pseudoverkoop worden immers geen diensten verleend. Het is dan ook begrijpelijk dat de Hoge Raad heeft overwogen dat het bij burgerpseudoverkoop gaat om een 'niet specifiek in de wet geregelde wijze van opsporing'.⁷²⁶ Wel hecht de Hoge Raad waarde aan een schriftelijke overeenkomst tussen de officier van justitie en de niet-opsporingsambtenaar, 'opdat dit handelen doorzichtig gemaakt wordt en toetsbaar is'.⁷²⁷ Hieruit kan worden afgeleid dat ook de Hoge Raad risico's ziet bij deze vorm van burgerbijstand. Om die reden zou het goed zijn als de wetgever zich (opnieuw) uitspreekt over de toelaatbaarheid van pseudoverkoop. Mocht de wetgever persisteren in haar oorspronkelijke standpunt, ook ten aanzien van dit type legale goederen, dan verdient het aanbeveling om een verbod op het gebruik van deze opsporingsmethode in de wet op te nemen.⁷²⁸ Zodoende kan voorkomen worden dat de pseudoverkoop toch wordt ingezet als opsporingsmethode. Maar ook als de wetgever van mening is dat er wel ruimte bestaat voor deze pseudovariant, is een specifieke regeling wenselijk. De wetgever zal dan duidelijk moeten maken onder welke voorwaarden pseudoverkoop is toegestaan. Het ligt in de rede om aansluiting te zoeken bij het huidige kader rondom pseudokoop en -dienstverlening. Het binnen deze kaders toepasselijke uitlokkingsverbod biedt daarbij een belangrijke waarborg. In het licht van de in het verleden geuite bezwaren tegen burgerpseudoverkoop is het aangewezen om als extra voorwaarde op te nemen dat de verkoop van goederen die de integriteit van de opsporing schaadt, bijvoorbeeld de verkoop van verdovende middelen, niet wordt toegestaan. Het risico van uitlokking is immers met name relevant indien het om dergelijke illegale goederen gaat. Deze optie, waarin onder voorwaarden pseudoverkoop wettelijk wordt geregeld, zou mijn voorkeur genieten. Daarmee kan voorkomen worden dat de integriteit van de opsporing onder druk komt te staan, zonder de opsporing nodeloos te beperken.

⁷²⁴ §2.8 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2014, 24442.

⁷²⁵ In de praktijk wordt deze bepaling vaker op een dergelijke manier gebruikt. Zie Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 212 en 213.

⁷²⁶ HR 26 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5593, *NJ* 2010/77, r.o. 2.6.

⁷²⁷ HR 26 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5593, *NJ* 2010/77, r.o. 2.6.

⁷²⁸ Vgl. artikel 126ff Sv, waarin het verbod op doorlaten is neergelegd.

3.6 Ter afsluiting: burgers in de Wet BOB

In het voorgaande zijn de verschillende bijzondere opsporingsbevoegdheden besproken waarin een rol aan niet-opsporingsambtenaren is toebedeeld. De achtergrond van deze bepalingen is gelegen in het waarborgen van de grondrechten van burgers en het beschermen van de integriteit van de opsporing. Deze criteria hebben ertoe geleid dat er een beperkt aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden in de wet is opgenomen. Kenmerkend aan deze bepalingen is dat terughoudend wordt omgegaan met de inzet van de burgers. Het aantal vormen van bijstand aan opsporing door burgers is beperkt, de instemming van het College van procureurs-generaal is soms vereist en bovendien zijn burgerinfiltratie, burgerpseudokoop en -dienstverlening enkel toegestaan indien de politieke variant uitgesloten is. Deze voorwaarden kunnen begrepen worden in het licht van de gezagsrol van de overheid over de opsporing. Het gaat veelal om ingrijpende opsporingsbevoegdheden die toegepast worden onder de verantwoordelijkheid van de overheid. Om de benodigde controle te houden zijn deze vormen van burgerbijstand met veel waarborgen omgeven.

De inzet van particulieren binnen de kaders van de bijzondere opsporing heeft tot doel om het opsporingspotentieel van derden te benutten. Daarbij valt op dat praktijken wetgeving niet in alle gevallen op elkaar aansluiten. De informantenbepaling bleek niet te voldoen aan de verwachtingen uit de praktijk en de mogelijkheden tot de inzet van criminele burgerinfiltranten leidde tot veel discussie. De benutting van het potentieel van particulieren heeft er ook toe geleid dat de belangen van de bijstandverlenende burger meer op de voorgrond in het strafproces zijn komen te staan. Deze belangen staan soms op gespannen voet met de verdedigingsrechten en de positie van de rechter in het strafproces. Zo veroorzaakt de wens van het Openbaar Ministerie om zijn bronnen af te schermen meer dan eens spanningen tussen de rechter en de officier van justitie. Dit speelt met name bij het horen van informanten als getuige. Hoewel de Hoge Raad een buitenwettelijke weigeringsgrond voor het Openbaar Ministerie opende, worden de grenzen van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen het Openbaar Ministerie en de rechter door de zittende magistratuur strenger bewaakt. Instructies aan getuigen om niet op bepaalde vragen in te gaan die de afscherming van de identiteit van de informant in gevaar kunnen brengen, kunnen tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie leiden. Om de controleerbaarheid van de inzet van burgerinformanten te verbeteren zijn voorstellen gedaan om artikel 126v Sv te verruimen en om een *non-disclosure* procedure te introduceren.

Samengevat staat de rol van de burger binnen de Wet BOB ten dienste aan de overheidstaak tot opsporing. Zo is de inzet van deze vormen van burgerbijstand vaak enkel toegestaan indien de politieke variant is uitgesloten. Dit subsidiariteitskader

demonstreert ook de terughoudendheid van de overheid om burgers bij de opsporing te betrekken. Gebleken is dat aan de inzet van derden in de bijzondere opsporing risico's zijn verbonden. Het minimaliseren van dergelijke risico's vraagt om sturing en controle door de overheid. De geconstateerde terughoudendheid is in dat licht begrijpelijk. Tegelijkertijd wordt gezocht naar nieuwe manieren om het potentieel van burgerbijstand te benutten, bijvoorbeeld in het kader van de criminele burgerinfiltrant en de inzet van burgerpseudoverkoop. Tegen deze achtergrond is duidelijk dat de regeling van de burger in de Wet BOB de belangen van justitie, van de bijstandverlenende burger en de verdachte verenigt, maar dat deze belangen veel spanningen veroorzaken.

4. De kroongetuige

4.1 Algemeen

Het Wetboek van Strafvordering kent niet enkel bepalingen waarin het burgers wordt toegestaan om bij te dragen aan de opsporing van strafbare feiten. Sommige bepalingen hebben een dwingend karakter. Zo is iemand die kennis draagt van misdrijven gericht tegen de veiligheid van de Staat in beginsel verplicht daar onverwijld aangifte van te doen.⁷²⁹ Een andere verplichting bestaat voor getuigen in strafzaken. Deze getuigen zijn verplicht om te verschijnen,⁷³⁰ beëdigd te worden⁷³¹ en verplicht om (naar waarheid) te verklaren.⁷³² De artikelen 226g en verder Sv openen de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie om aan verdachten of veroordeelden toezeggingen te doen in ruil voor een getuigenverklaring. Op het eerste gezicht valt deze – in de volksmond genoemde – kroongetuigeregeling moeilijk te rijmen met de hiervoor genoemde getuigplicht. Immers, de wet verplicht op zichzelf al tot het afleggen van een getuigenverklaring. Desondanks geeft de achtergrond van de getuigplicht inzicht in hoe beide bepalingen met elkaar zijn te verenigen.

Het typerende aan de getuigplicht is dat zij als een 'burgerplicht' tot het bijdragen aan de opsporing wordt gezien.⁷³³ De vraag rijst wat de ratio is achter het onderscheid tussen deze aan burgers opgedragen verplichting en de bepalingen die slechts een bevoegdheid aan burgers toekennen (zoals het burgerarrest). Nu al deze bepalingen in meer of mindere mate bijdragen aan de waarheidsvinding in strafzaken, kan het belang van waarheidsvinding op zichzelf het onderscheid onvoldoende verklaren.

⁷²⁹ Art. 160 Sv.

⁷³⁰ Art. 213 lid 1 en 287 lid 3 Sv. Vgl. art. 213 en 214 Sv en 192 en 444 Sr.

⁷³¹ Art. 216 en 290 lid 4 Sv. Vgl. art. 221 en 294 Sv en 192 lid 1 Sr.

⁷³² Art. 215 en 290 lid 4 Sv. Vgl. art. 221 en 294 Sv en 192 lid 2 en 207 Sr.

⁷³³ Zie bijv. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, C, p. 7. Zie tevens Crijns 2010, p. 351-353.

Bovendien zijn getuigen niet verplicht om in te gaan op een oproep tot een verhoor door opsporingsambtenaren, terwijl ook daar het belang van de materiële waarheidsvinding voorop staat. Desondanks wordt in de literatuur de getuigplicht als logisch uitvloeisel van de materiële waarheidsvinding in het strafrecht gezien. Zo ziet Mols de verschijnings- en spreekplicht als ‘onmisbare verplichtingen teneinde het strafproces tot zijn recht te laten komen’.⁷³⁴ Ook Crijns betoogt dat de waarheidsvinding als grondslag van de plicht tot getuigen kan worden geduid.⁷³⁵ Daarbij neemt hij de individuele vrijheid van burgers als startpunt. Om die vrijheid te waarborgen is rechtsbescherming nodig. Vervolgens gebruikt Crijns het *contrat social* van Becceria en Rousseau als onderliggend fundament om te beredeneren dat de overheid verplicht is tot het handhaven van de individuele vrijheid. In het denkbeeldige contract hebben burgers een minimale vrijheid aan een overheid ingeleverd, waarmee gewaarborgd is dat zij in vrede en veiligheid kunnen leven. Deze bescherming kan de overheid enkel met medewerking van burgers bieden. De getuigplicht is daarmee, zo zegt Crijns, een uitvloeisel van de paradox tussen enerzijds de verantwoordelijkheid van de overheid tot rechtshandhaving en anderzijds het vrijwaren van burgers van overheidsbemoeienis. In een dergelijke relationele rechtsopvatting – geïnspireerd op het werk van Foqué en ‘t Hart⁷³⁶ – kan de getuigplicht gezien worden als ‘tegemoetkoming van de individuele burger voor de moeite die de strafvorderlijke overheid zich getroost voor het algemene belang van rechtshandhaving’.⁷³⁷ In dit licht bezien is de getuigplicht een combinatie van het ondersteunen van de taak van de overheid tot strafrechtelijke rechtshandhaving en het daaruit voortvloeiende eigenbelang van burgers – zijnde het garanderen van de individuele vrijheid – om aan deze taak bij te dragen.⁷³⁸ Een dergelijk transactioneel karakter bedt de getuigplicht theoretisch in, maar biedt slechts een beperkte legitimiteit aan een verplichting tot getuigen. De door Crijns geduide tegemoetkoming aan de strafrechtelijke rechtshandhaving kan namelijk ook op andere manieren plaatsvinden, bijvoorbeeld door burgers in voorkomende gevallen te verplichten om als informant op te treden. Hier wordt niet voor een dergelijke verruiming van ‘burgerplichten’ gepleit, maar wordt betoogd dat abstracte noties als strafrechtelijke rechtshandhaving en de individuele vrijheid van burgers slechts een beperkte legitimiteit aan een *verplichting* tot getuigen bieden. Bovendien moet in aanmerking worden genomen dat aan het afleggen van een getuigenverklaring mogelijk risico’s zijn verbonden. Tegen deze

⁷³⁴ Mols 2003a, p. 99.

⁷³⁵ Crijns 2010, p. 350-360.

⁷³⁶ Foqué & ‘t Hart 1990.

⁷³⁷ Crijns 2010, p. 359.

⁷³⁸ Vgl. de in hfd. 2 §3.1 besproken beleidsnota Samenleving en Criminaliteit, waarin staat dat ‘de maatschappij als geheel én de rijks- en lagere overheidsorganen daarbinnen, tot taak hebben hunnerzijds een substantiële bijdrage te leveren aan normhandhaving en preventie’. Zie *Kamerstukken II* 1984/85, 18 995, nr. 2, p. 15.

achtergrond is het verklaarbaar dat de praktijk weerbarstiger is dan wat met de getuigplicht bereikt tracht te worden, namelijk dat gewaarborgd is dat – mits aan de wettelijke eisen is voldaan – de betreffende persoon ook gehoord wordt.⁷³⁹ Potentiële getuigen zullen soms het voorkomen van represailles of het niet willen verloochenen van vriendschappen laten prevaleren boven het belang van waarheidsvinding in een strafzaak. De wet geeft in bepaalde gevallen ruimte tot een dergelijke individuele afweging. Bepaalde getuigen hebben bijvoorbeeld het recht zich te verschonen, waardoor de plicht tot getuigen niet bestaat.⁷⁴⁰ Voor die gevallen vond de wetgever dat het belang van waarheidsvinding moet wijken voor de belangen van burgers of het door hun beschermde maatschappelijk belang.⁷⁴¹ Een dergelijke uitzondering op de verplichting tot verklaren tornt aan het fundament van de plicht tot getuigen. Immers, het belang van de materiële waarheidsvinding – en daarmee de ratio achter de getuigplicht – is volgens de wetgever niet van een dusdanig belang dat daardoor alle andere belangen moeten wijken.

Het is de hiervoor besproken zwakke theoretische basis die de kroongetuigeregeling met de getuigplicht kan verenigen. De getuigplicht wordt gelegitimeerd door een sociaal contractsdenken, waarin de plicht van de overheid tot rechtsbeschermend optreden en de daaruit voortvloeiende vrijheden die burgers kunnen ervaren, enkel mogelijk zijn door een bijdrage van diezelfde burgers aan de strafrechtspleging. Deze plicht tot bijdragen is dusdanig abstract, dat dit ruimte biedt tot het afwijken van deze plicht. De wettelijke uitzonderingen op de getuigplicht tonen aan dat afwijking van de plicht niet enkel op dogmatische gronden te verantwoorden is, maar ook door de wetgever erkend is. In de ogen van de wetgever zijn er situaties voorstelbaar dat het belang van de materiële waarheidsvinding moet wijken voor de belangen van burgers. De juridische mogelijkheid tot het inzetten van een kroongetuige is zowel een gevolg als een onderkenning van dit feit. De wetgever stelde namelijk dat van burgers ‘in redelijkheid niet kan worden verwacht’ dat zij als getuige onder alle omstandigheden bijdragen aan de strafrechtspleging.⁷⁴² Naast dit dogmatische aspect zijn ook op praktische gronden beide bepalingen met elkaar te verbinden. Het is niet altijd duidelijk wie er kennis draagt van bepaalde strafbare feiten. De figuur van de kroongetuige kan zijn waarde tonen door in ruil voor toezeggingen toch de ‘burgerplicht’ van personen te vervullen.

⁷³⁹ Blok & Besier II 1925, p. 44.

⁷⁴⁰ Art. 217-219b Sv.

⁷⁴¹ *Kamerstukken II* 1896/97, 33, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 108.

⁷⁴² *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 3.

4.2 Een korte geschiedenis van de kroongetuigeregeling

Sinds 2005 maakt de wet het mogelijk om aan getuigen die tevens verdachte zijn en reeds veroordeelden toezeggingen te doen in ruil voor een getuigenverklaring. Deze regeling is het resultaat van een ontwikkeling van praktijk en jurisprudentie, waarin de figuur van de kroongetuige reeds tot wasdom was gekomen.⁷⁴³ Zonder *in extenso* de geschiedenis van de acceptatie van de kroongetuige te behandelen, dient als schets van de achtergrond van de regeling – mede in het licht van hierna nog te bespreken huidige discussies – een korte beschrijving van de achtergronden van de wettelijke regeling niet achterwege te blijven.

De totstandkoming van de kroongetuigeregeling is terug te voeren op parallelle ontwikkelingen in de jurisprudentie en het parlement. De Hoge Raad stelde zich in 1994 niet afkeurend op tegen het gebruik van twee getuigen aan wie toezeggingen waren gedaan.⁷⁴⁴ Het Openbaar Ministerie had aan twee personen de toezegging gedaan dat zij niet vervolgd zouden worden wegens een mogelijk door hen gepleegde overtreding van de Opiumlandsverordening. Het Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba achtte deze toezegging toelaatbaar. Bij dat oordeel betrof het hof dat zonder deze toezegging het misdrijf niet tot klaarheid zou kunnen worden gebracht, de integriteit van een onkreukbaar politiekorps gebaat was bij deze toezeggingen (er waren politieagenten betrokken bij de strafbare feiten) en dat de geloofwaardigheid van de verklaringen niet ter discussie stond. Om die reden werd een beroep op de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie afgewezen. In cassatie werd onder meer geklaagd dat dit oordeel onvoldoende gemotiveerd was. Zo werd aangevoerd dat een deugdelijke wettelijke of juridische basis ontbrak voor de betreffende toezeggingen. De ernst van de betreffende strafbare feiten stond in de weg staat aan deals met kroongetuigen, aldus de toelichting op het middel. De Hoge Raad zag evenwel geen aanleiding voor cassatie. Het oordeel van het hof gaf geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en het betreffende verweer was op toereikende en ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijke gronden verworpen.

In dit arrest ging het in strikte zin niet om kroongetuigen (de getuigen waren slachtoffers), maar hiermee werd wel de deur op een kier gezet om afspraken te maken met verdachten en reeds veroordeelden. Bij gebrek aan een wettelijk kader hield de

⁷⁴³ In de literatuur waren er pleidooien vóór en tegen de noodzaak van een wettelijke regeling. Reijntjes 1999, p. 8 betoogde dat een wettelijke normering noodzakelijk was. Plooy 2004, p. 196 stelde daarentegen dat gegeven het opportuniteitsbeginsel een wettelijke regeling minder geschikt was, met name omdat de wet de noodzakelijke flexibiliteit met betrekking tot toezeggingen in de weg kon staan.

⁷⁴⁴ HR 15 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9640, *NJ* 1994/322 m.nt. Swart. Vgl. HR 23 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0053, *NJ* 1995/683 m.nt. Schalken en HR 19 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0416, *NJ* 1997/59 m.nt. Knigge.

Hoge Raad vast aan toetsing aan de in artikel 6 EVRM aan een verdachte gewaarborgde fundamentele rechten en aan de mede uit ditzelfde artikel afgeleide beginselen van een behoorlijke procesorde.⁷⁴⁵ Daarbij kan gedacht worden aan een toetsing aan de proportionaliteit en subsidiariteit van de overeenkomst. Ook werd er getoetst aan de in 1983 verschenen richtlijn inzake deals met getuigen.⁷⁴⁶ Deze richtlijn gaf een eerste grondslag voor kroongetuigen, ofschoon daarvoor reeds signalen bestonden dat er toezeggingen aan getuigen werden gedaan om tot een getuigenverklaring te komen.⁷⁴⁷ De uit 1983 stammende richtlijn was in die zin een formalisering van de praktijk. De jurisprudentie van de Hoge Raad leidde niet tot verzet vanuit Straatsburg.⁷⁴⁸ Het EHRM stond niet afwijzend tegenover het gebruik van kroongetuigen, mits de procedure ‘as a whole’ eerlijk is, er maatregelen zijn genomen die de inbreuk op verdedigingsrechten compenseren en er terughoudendheid wordt omgegaan met de inzet van dit type getuige.⁷⁴⁹

Deze jurisprudentiële ontwikkelingen liepen voor op de politieke discussie over een regeling voor toezeggingen aan getuigen. Naar aanleiding van de nota ‘De georganiseerde criminaliteit in Nederland’ kwam de wenselijkheid tot invoering van een wettelijke regeling voor het gebruik van kroongetuigen in de Tweede Kamer ter sprake.⁷⁵⁰ Op verzoek van de regering werd rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de invoering van de kroongetuige in het Nederlandse recht.⁷⁵¹ Deze blik over de landsgrenzen was niet zonder reden. In andere Europese landen en in de Verenigde Staten waren reeds – met wisselend succes – deals gesloten met getuigen.⁷⁵² Het vergelijkend rechtsonderzoek bracht de minister van Justitie ertoe een vervolgtraject in te zetten om met wetgeving op dit punt te komen.⁷⁵³ De discussie over een wettelijke regeling kwam weer ter sprake bij de parlementaire enquêtecommissie-Van Traa. Zij kwam tot het oordeel dat zogenaamde ‘deals met criminelen’ moesten worden toegestaan.⁷⁵⁴ De commissie had wel enige reserves. Zo stond zij afwijzend tegenover een toezegging van de zijde van de overheid waarin strafrechtelijke immuniteit

⁷⁴⁵ HR 30 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1191, NJ 1998/799 m.nt. Schalken.

⁷⁴⁶ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 100, nr. 36 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 12, p. 402.

⁷⁴⁷ Prakken 1996, p. 1616. Fijnaut 2012, p. 71 merkt op dat men toentertijd in politie- en justiekringen afwijzend stond tegenover het gebruik van kroongetuigen.

⁷⁴⁸ ECRM 15 januari 1996, 25982/94, NJCM-bulletin 1996, 3, p. 459 m.nt. Myjer (*Flanders/Nederland*).

⁷⁴⁹ EHRM 27 januari 2004, 44484/98, NJ 2004/668 (*Lorsé/Nederland*) en EHRM 27 januari 2004, 54445/00, NJ 2004/669 m.nt. Schalken (*Verhoek/Nederland*). Zie ook reeds ECRM 6 oktober 1976, 7306/75 (*X/Verenigd Koninkrijk*) en ECRM 30 november 1994, 18666/91 (*Menesses/Italië*).

⁷⁵⁰ *Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 2 en *Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 4, m.n. p. 5 en 14-17.

⁷⁵¹ *Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 5, p. 12. Zie Tak 1994.

⁷⁵² Zie ook Beijer 1995; Bovenkerk 1996 en Fijnaut 2012, p. 73-79.

⁷⁵³ *Kamerstukken II* 1992/93, 22 838, nr. 7, p. 8.

⁷⁵⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 461.

wordt toegezegd.⁷⁵⁵ Als gevolg van de aanbevelingen werd in 1998 het wetsvoorstel 'toezeggingen aan getuigen in strafzaken' (hierna: het wetsvoorstel⁷⁵⁶) ingediend. Na een slepende behandeling resulteerde het wetsvoorstel in 2005 in een wettelijke regeling, zoals die is neergelegd in artikel 226g en verder Sv.⁷⁵⁷

4.3 De wettelijke kroongetuigeregeling

In de artikelen 226g-226k Sv is de procedure neergelegd die bij toezeggingen aan getuigen moet worden gevolgd. In deze regeling kan een onderscheid gemaakt worden tussen de gevallen, de te volgen procedure en de toezeggingen die toelaatbaar worden geacht. Wat betreft de gevallen kan een afspraak met een getuige worden gemaakt die verdachte is, of iemand die reeds veroordeeld is.⁷⁵⁸ Deze afspraak mag enkel betrekking hebben op een getuigenverklaring in het kader van een opsporingsonderzoek naar misdrijven als omschreven in artikel 67 lid 1 Sv die gepleegd zijn in georganiseerd verband en gezien hun aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren of naar misdrijven waarop een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld. Daarnaast zal er een afweging moeten plaatsvinden in het kader van proportionaliteit, subsidiariteit, zorgvuldigheid en interne openbaarheid.⁷⁵⁹ De invulling van deze begrippen zal verschillen per geval, hoewel buiten kijf staat dat het middel enkel open staat als uiterste redmiddel.⁷⁶⁰ De zaak waarover de getuige wil verklaren hoeft niet in relatie te staan met het strafbare feit waarvan de persoon wordt verdacht of reeds voor is veroordeeld. Anderzijds ligt een normering wat betreft de strafbare feiten die iemand op zijn kerfstok heeft wel in de rede. Mols neemt als uitgangspunt dat de beschuldigingen die geuit worden door de verdachte zwaarder moeten zijn dan de feiten waarvan de kroongetuige zelf wordt verdacht. Daarbij komen de hierna nog nader te bespreken proportionaliteits- en subsidiariteitsgrenzen in beeld, die in de procedure getoetst zullen worden.

⁷⁵⁵ De Commissie-Van Traa achtte immuniteit wel toegestaan indien bij afwezigheid van de deal niet tot vervolging zou worden overgegaan of met een transactie zou worden volstaan. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 11, p. 461.

⁷⁵⁶ Gekozen is voor een verwijzing in enkelvoud, hoewel de regeling is neergelegd in de wet Toezeggingen aan getuigen in strafzaken (Wet van 12 mei 2005, *Stb.* 2005, 254) en in een reparatiewet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het niet afleggen van een getuigenverklaring na een daartoe strekkende toezegging (Wet van 12 mei 2005, *Stb.* 2005, 255).

⁷⁵⁷ Zie nader Abels 2005 en Janssen 2013, p. 65-117.

⁷⁵⁸ Resp. art. 226g en 226k Sv.

⁷⁵⁹ §2.2 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860.

⁷⁶⁰ In de Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997, *Stcrt.* 1997, 61 werd dit *ultimum remedium* karakter nog expliciet verwoord: 'Het maken van een afspraak is alleen toelaatbaar als uiterst redmiddel in zaken van georganiseerde criminaliteit of zaken van leven of dood.' Thans heeft het subsidiariteitskader een wettelijke basis gekregen in de noodzakelijkheidstoets door de rechter-commissaris. Zie art. 226h lid 2 Sv.

Wat betreft de procedure zal de zaaksofficier van justitie tot afspraken moeten komen met de potentiële getuige, maar hij dient daarvoor wel toestemming te hebben van de hoofdofficier van justitie.⁷⁶¹ Leidraad voor de afspraken vormt de door het College van procureurs-generaal gefiatteerde Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken (hierna: de aanwijzing).⁷⁶² Hierin is de te volgen procedure in meer detail beschreven. Zo dient de voorgenomen afspraak ter advies voorgelegd te worden aan de landsadvocaat. Vervolgens dient de Centrale Toetsingscommissie zich uit te spreken over de voorgenomen afspraak, welk advies, tezamen met het door de landsadvocaat uitgebrachte advies, door het College van procureurs-generaal gebruikt wordt om tot een oordeel te komen. Het College kan op zijn beurt advies vragen aan de minister van Veiligheid en Justitie. Daartoe is het op grond van de aanwijzing verplicht indien aan de afspraak 'politiek gevoelige aspecten' zijn verbonden.⁷⁶³ Indien het College van procureurs-generaal toestemming verleent, dient de voorgenomen afspraak ter toetsing aan de rechter-commissaris te worden voorgelegd.⁷⁶⁴ Met deze preventieve rechterlijke toetsing is beoogd om de totstandkoming van een afspraak niet enkel in handen van de (hoofd)officier van justitie en de getuige te leggen.⁷⁶⁵ De wet draagt de rechter-commissaris op om de rechtmatigheid van de afspraak en de betrouwbaarheid van de getuige te toetsen. Uitgangspunt vormt 'wat een redelijk oordelende officier van justitie met een in vrijheid verklarende getuige overeen kan komen in het licht van een door de ene zittingsrechter te beoordelen strafvermindering en de door een andere zittingsrechter te beoordelen bewijskracht van de afgelegde verklaring'.⁷⁶⁶ De rechtmatigheid houdt naast een controle van de gevolgde procedure eveneens een oordeel in of er aan het vereiste van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan.⁷⁶⁷ De proportionaliteit behelst een dubbele afweging. Het belang van de verklaring moet afgewogen worden tegen het gewicht van de toezegging. Daarnaast dient de aard van

⁷⁶¹ Dit vereiste volgt niet uit de wet, maar is vastgelegd in §7.2 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860.

⁷⁶² Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860.

⁷⁶³ §7.5 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860. Als voorbeeld van een dergelijke politiek gevoelige zaak kan gewezen worden op een deal die voor de invoering van de huidige regeling in de zaak Mink K. werd gesloten. In die zaak werden afspraken gemaakt welke niet in lijn waren met de richtlijn. Hierover stelde de minister dat 'ik [voormalig minister van Justitie Korthals, EM] er grote moeite mee zou hebben gehad, indien het Openbaar Ministerie mij zijn voornemen tot het sluiten van de eigenlijke afspraak ter instemming zou hebben voorgelegd. Ik heb destijds duidelijk gesteld dat ik waarschijnlijk niet mee zou zijn gegaan.' Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26 294, nr. 15, p. 4.

⁷⁶⁴ Art. 226g lid 3 jo. 226h Sv. De rechterlijke toetsing is een uitvloeisel van de aanvaarding van de motie-Kalsbeek-Jasperse e.a., waardoor voorzien werd in een rechterlijke toetsing. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 51.

⁷⁶⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 8.

⁷⁶⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 11.

⁷⁶⁷ Art. 226h lid 3 Sv spreekt over 'de dringende noodzaak' en 'het belang van het verkrijgen van de door de getuigen af te leggen verklaring'.

het strafbare feit waarover de getuige verklaart en dat van het strafbaar feit waarvoor hij wordt vervolgd tegen elkaar worden afgezet.⁷⁶⁸ In het kader van de subsidiariteit zal de rechter-commissaris moeten vasthouden aan het *ultimum remedium*-karakter van de kroongetuigeregeling. Voor het oordeel omtrent de dringende noodzaak betrok de Rechtbank Amsterdam het feit dat zonder de verklaring dergelijke misdrijven niet binnen afzienbare tijd konden worden opgelost en bovendien door de verklaring levensdelicten voorkomen zouden kunnen worden.⁷⁶⁹ Ook het Hof Amsterdam heeft een dergelijk – door de Hoge Raad in stand gehouden – afwegingskader gevolgd, toen het overwoog dat zonder de overeenkomst het Openbaar Ministerie niet de noodzakelijke verklaringen had kunnen krijgen.⁷⁷⁰ Bij de proportionaliteits- en subsidiariteitsafweging ontkomt de rechter-commissaris er niet aan om ook een oordeel te geven over de bewijskracht van de voorgenomen verklaring.⁷⁷¹ Dat is noodzakelijk om de toegevoegde waarde van de verklaring af te kunnen zetten tegen de nadelen die toepassing van de kroongetuigeregeling met zich brengt. Daarbij moet de rechter-commissaris balanceren tussen zijn wettelijk opgedragen taak die ziet op het toetsen van de voorgenomen overeenkomst en zijn verantwoordelijkheid als rechter in vooronderzoek, zonder daarbij op de stoel van de zittingsrechter te gaan zitten. Dit is niet de enige moeilijkheid waar hij voor staat. De rechter in het vooronderzoek heeft ook tot taak om een oordeel te geven over de betrouwbaarheid van de potentiële kroongetuige.⁷⁷² Aannemelijk is dat hiermee wordt beoogd om een vaak genoemd bezwaar tegen het gebruik van kroongetuigen te ondervangen. In wetenschappelijke kring is vaak gewezen op de vrees dat getuigen hun eigen aandeel verkleinen en de rol van de anderen juist vergroten.⁷⁷³ De toezeggingen die aan de kroongetuige kunnen worden gedaan zouden dit risico alleen maar kunnen versterken. Vanuit wetshistorisch perspectief is een dergelijke bepaling die ziet op de betrouwbaarheid van getuigen aan wie gunsten zijn toegezegd niet nieuw. Zo wijst advocaat-generaal Van Dorst op een bepaling uit het Wetboek van Strafrecht van 1838 dat als getuige niet mogen worden gehoord en zich kunnen verschonen ‘de aanbrengrers, wier aangiften door de wet met geld beloond worden’.⁷⁷⁴ Bij het aanbrengen van financiële zaken kreeg de aangever veelal een aandeel in de boete. In de ogen van de wetgever was het belang van deze getuige om tot een veroordeling te komen te groot om tot een onpartijdige

⁷⁶⁸ §3.2 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860.

⁷⁶⁹ Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9841, r.o. 2.1.2.

⁷⁷⁰ HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1473, *NJ* 1999/565 m.nt. Schalken.

⁷⁷¹ Aldus ook Mols 2003a, p. 324.

⁷⁷² Art. 226g lid 3 Sv.

⁷⁷³ Zie bijv. Bovenkerk 1996, p. 150 en 151; Prakken 1996, p. 1617 en 1618 en Buruma 1997, p. 64.

⁷⁷⁴ Art. 188 sub 4 Sv 1838. Zie HR (concl. A-G Van Dorst) 15 februari 1994, ECLI:NL:PHR:1994:ZC9640, nr. 14, *NJ* 1994/322 m.nt. Swart.

getuigenverklaring te komen. Om die reden mochten deze personen niet als getuige worden gehoord.⁷⁷⁵

Voor een inschatting van de betrouwbaarheid van kroongetuigen dienen de hiervoor beschreven risico's onderkend te worden. Maar hoe dienen deze gevaren door de rechter-commissaris het hoofd te worden geboden? De memorie van toelichting zwijgt verrassenderwijs over de vraag hoe de toetsing van de rechter-commissaris in de praktijk moet uitvallen. De minister heeft volstaan met een latere uitleg dat de zelfstandige taak van de rechter-commissaris meebrengt dat hij zich ook uitlaat over de betrouwbaarheid van de getuige.⁷⁷⁶ In de memorie van toelichting klinkt vooral door dat het uiteindelijk de zittingsrechter is die een juiste afweging kan maken, bijvoorbeeld doordat de verdediging de kroongetuige kritisch aan de tand voelt.⁷⁷⁷ Bij de preventieve toetsing zal de rechter-commissaris een dergelijke kritische houding moeten aannemen, maar de meest volledige toetsing zal in handen zijn van de zittingsrechter.⁷⁷⁸ Deze omstandigheid en de voorgaande overwegingen met betrekking tot de positie van de rechter-commissaris in het strafproces, rechtvaardigen de vraag of een rol voor de rechter in de voorfase van de kroongetuige een gelukkige vondst is. De speelruimte van de rechter-commissaris om tot een gewogen oordeel over de betrouwbaarheid van de kroongetuige te komen lijkt beperkt, zeker als men in overweging neemt dat de wetgever hieromtrent vooral een taak ziet voor de verdediging die vaak pas bij het onderzoek ter terechtzitting achter het bestaan van een kroongetuige komt. Buruma ziet evenwel een belangrijke rol voor de rechter in het vooronderzoek weggelegd, omdat hij de twee zaken waarbij de kroongetuige betrokken is (zijnde de zaak waar zijn verklaring wordt gebruikt en zijn eigen strafzaak) beter in onderling verband kan zien. Otte wijst er daarentegen op dat de betrokkenheid van de rechter-commissaris in geheime opsporingstrajecten een onafhankelijke oordeelsvorming moeilijk maakt.⁷⁷⁹ Het Openbaar Ministerie heeft juist gepleit voor een grotere rol voor de rechter-commissaris. Bij monde van toenmalig hoofdofficier van justitie van het landelijk parket Van der Burg werd geopperd om enkel bij aanvang van het strafproces een rechterlijke toets te laten plaatsvinden.⁷⁸⁰ Zodoende wordt sneller duidelijk wat de positie van de kroongetuige in het strafproces zal zijn. Ik betwijfel of deze duidelijkheid opweegt tegen de beperktere tijd voor reflectie op de betrouwbaarheid die dit onvermijdelijk

⁷⁷⁵ *Kamerstukken II* 1829/30, V, nr. 27, p. 134.

⁷⁷⁶ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 294, nr.6, p. 21. In de memorie van toelichting werd overigens benadrukt dat de rechter-commissaris zich niet moest uitspreken over deze zaken: 'Aan de rechter-commissaris is niet opgedragen een oordeel over de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van de verklaring van de getuige te geven'. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 28.

⁷⁷⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 3, p. 5.

⁷⁷⁸ Vgl. De Roos 2006, p. 11.

⁷⁷⁹ Otte 1999, p. 116.

⁷⁸⁰ Rondetafelgesprek vaste commissie voor Veiligheid en Justitie over de kroongetuige, 4 oktober 2012 (als toehoorder aanwezig).

meebrengt. Hoewel in een dergelijk systeem het Openbaar Ministerie sneller openheid moet geven over het bestaan van een kroongetuige, zal een vroeg besluit over de toelaatbaarheid van dit type getuige de mogelijkheden voor een kritische reflectie door de zittingsrechter en/of de verdediging ernstig beperken. Dit verhoudt zich niet goed met het gegeven dat de kroongetuigeregeling gebaat is bij reflectie op de betrouwbaarheid. Argumenten die zien op procesefficiëntie zijn in mijn ogen dan ook ondergeschikt aan de juridische waarborgen die betrekking hebben op de inzet van de invloedrijke, maar ook kwetsbare figuur van de kroongetuige.

Indien de rechter-commissaris tot een afwijzende beschikking komt, staat er voor de officier van justitie binnen veertien dagen na dagtekening van de beschikking hoger beroep open bij de rechtbank.⁷⁸¹ Beroep in cassatie staat niet open.⁷⁸² Indien de rechter-commissaris tot een positief oordeel komt, kan de voorgenomen afspraak geformaliseerd worden. Daarvoor dient de getuige nogmaals door de rechter-commissaris gehoord te worden.⁷⁸³ Strikt genomen ziet dit verhoor – anders dan de preventieve toetsing – op de inhoud van de verklaring. Desondanks zal de inhoud van dit gesprek niet veel afwijken van het eerdere verhoor. Zo zal tijdens het eerdere gesprek de inhoud van de verklaring moeilijk voorbij kunnen worden gegaan, bijvoorbeeld om een beeld van de betrouwbaarheid van de kroongetuige te krijgen.⁷⁸⁴ De getuige mag niet als bedreigde getuige (en daarmee anoniem) gehoord worden, maar zijn identiteit mag wel tijdelijk worden verborgen voor de verdachte.⁷⁸⁵ Het is vervolgens aan de rechter-commissaris om, mits het onderzoek dat toelaat, de verdachte te informeren over het bestaan van een kroongetuige. Daarbij hoeft geen volledige openheid te worden gegeven; de maatregelen ter bescherming van de getuige blijven buiten de kennisgeving aan de verdachte. Naast het feit dat openheid over de beschermingsmaatregelen de functie van dat instrument zou ondergraven, betreffen de (strafrechtelijke) kroongetuigeregeling en de (civielrechtelijke) afspraken in het kader van toezeggingen aan getuigen – hoewel verwant – twee gescheiden trajecten.⁷⁸⁶ De overeenkomst die ziet op het afleggen van een verklaring in ruil voor toezeggingen kan in beginsel ook gesloten worden zonder de overeenkomst welke ziet op het treffen van beschermingsmaatregelen, en vice versa.⁷⁸⁷

⁷⁸¹ Art. 226i lid 2 Sv.

⁷⁸² Art. 226i lid 3 Sv.

⁷⁸³ Art. 226j Sv.

⁷⁸⁴ Aldus ook Crijns 2010, p. 102 en 103.

⁷⁸⁵ Zie art. 226j lid 2 en lid 4 Sv.

⁷⁸⁶ Zie Janssen 2013, p. 41-43 en 171 en 172 voor een kritische noot bij dit onderscheid, onder meer vanwege de (strafrechtelijk georiënteerde) positie die het Openbaar Ministerie inneemt, waardoor van een zuivere civielrechtelijke overeenkomst geen sprake kan zijn.

⁷⁸⁷ Zienader Bleichrodt & Korten 2012. Vgl. Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9841, waarin beide trajecten met elkaar interfereerden.

Als uitgangspunt geldt dat de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan, ter zitting wordt gehoord.⁷⁸⁸ Het is uiteindelijk de zittingsrechter die een eindoordeel moet vellen over enerzijds de bruikbaarheid van de verklaringen van deze getuige en anderzijds hoe omgegaan moet worden met de aan de getuige gedane toezeggingen. Hoewel in het parlement is benadrukt dat de rechter vrij is in de beoordeling van de voornoemde punten, geeft de wet enige beperkingen aan de speelruimte van de rechter.⁷⁸⁹ Zo is het ingevolge artikel 344a lid 4 Sv de rechter niet toegestaan een bewezenverklaring enkel te baseren op de verklaring van een kroongetuige. Anders dan de verklaring van anonieme getuigen, mag de bewezenverklaring wel in beslissende mate worden gebaseerd op dergelijke verklaringen. Volgens Nijboer kan dit lagere bewijsminimum verklaard worden door de geringere inbreuk op het ondervragingsrecht van de verdediging en de (daarmee samenhangende) interne openbaarheid en onmiddellijkheid van de bewijsvoering.⁷⁹⁰ Daarnaast beperkt artikel 360 Sv de rechterlijke vrijheid, in die zin dat er een bijzondere motiveringsplicht bestaat indien het bewijs mede wordt aangenomen op basis van de verklaring van een kroongetuige. De Hoge Raad stelde reeds voor de invoering van de wettelijke regeling een dergelijke eis.⁷⁹¹

Van deze bewijsvoorschriften kan gesteld worden dat beoogd wordt om de materiële waarheidsvinding te dienen en daarmee de, op zichzelf beperkte, inperking van de rechterlijke vrijheid te kunnen rechtvaardigen. De positie van de rechter in de strafzaak tegen de kroongetuige zelf, is daarentegen problematischer. Een plicht tot het volgen van de strafeis werd door de wetgever als een te grote invloed op de rechterlijke vrijheid ervaren.⁷⁹² Niettegenstaande dit uitgangspunt, is de ruimte die de rechter wordt geboden om af te wijken van de toezeggingen ingeperkt. Zo stelt de wetgever dat de rechter bij de strafoplegging rekening houdt met de gevraagde strafvermindering.⁷⁹³ In artikel 44a Sr is een algemene strafverminderingsgrond opgenomen die betrekking heeft op een dergelijke toezegging. Indien de rechter op vordering van de officier van justitie en na een afspraak ingevolge artikel 226h lid 3 Sv besluit de straf te verminderen die hij overwoog op te leggen, bepaalt dit artikel dat hij rekening houdt met – kort gezegd – de bijdrage die de getuige levert aan de opsporing of vervolging van misdrijven. Hiervan moet op grond van artikel 359 lid 4 Sv verantwoording worden afgelegd in het vonnis. Afwijking van de toezeggingen door de officier van justitie zal veelal op grond van artikel 359 lid 2 Sv als uitdrukkelijk

⁷⁸⁸ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 294, nr. 3, p. 9.

⁷⁸⁹ Zie bijv. *Handelingen I 2004/05*, 18, p. 797, waarin de minister van Justitie Donner opmerkt: 'Dat [het feit dat de rechter-commissaris reeds de afspraak heeft getoetst, EM] laat onverlet dat de zittingsrechter op dat punt zijn eigen toetsingsruimte houdt en dat in zijn vonnis vertaalt.' Zie ook *Kamerstukken II 1998/99*, 26 294, nr. 3, p. 9.

⁷⁹⁰ Nijboer 2011, p. 152.

⁷⁹¹ HR 30 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1191, *NJ 1998/799* m.nt. Schalken.

⁷⁹² *Kamerstukken II 1998/99*, 26 294, nr. 3, p. 6.

⁷⁹³ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 294, nr. 3, p. 9.

onderbouwd standpunt een nadere onderbouwing vergen.⁷⁹⁴ Opmerking verdient dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel artikel 44a Sr een dwingend karakter had. Daarin stond vermeld dat de rechter op vordering van de officier van justitie de straf vermindert. Door de aanvaarding van het amendement-Dittrich werd deze tekst afgezwakt door op te nemen dat de rechter de straf *kan* verminderen, zodat duidelijk naar voren komt dat de rechter vrij is om af te wijken van de vordering van de officier van justitie.⁷⁹⁵

Voor een effectieve werking van de kroongetuigeregeling is de medewerking van de rechter noodzakelijk. De toezeggingen die aan getuigen worden gedaan fungeren als een overredingsmiddel om tot een getuigenverklaring te komen. Als de afspraken uiteindelijk niet bekrachtigd worden door de rechter, verliest het instrument zijn effectiviteit. Daarmee beperkt een overeenkomst met een kroongetuige de speelruimte van de zittingsrechter die een verdachte aan wie toezeggingen zijn gedaan moet berechten, ondanks het feit dat de wet geen substantiële belemmeringen opwerpt. Nochtans achten rechters zich niet in alle gevallen gebonden aan toezeggingen aan getuigen, zoals een zaak die speelde voor de Rechtbank Breda illustreert. In de zogenaamde Juliët-zaken werden de verklaringen van de getuige buiten beschouwing gelaten en in de strafzaak tegen de getuige werd een hogere straf opgelegd dan aan de getuige was toegezegd.⁷⁹⁶ Buruma noemt deze uitspraak vanuit het perspectief van de getuige ‘uiterst ongelukkig’ en pleit voor minder speelruimte voor de rechter op dit vlak om de kroongetuigeregeling meer basis te verlenen.⁷⁹⁷ De omstandigheden in die zaak geven desondanks ruimte om de rechterlijke vrijheid te koesteren. Zo waren de verklaringen van de kroongetuige niet consistent en bovendien weigerde de getuige om over sommige zaken – als gevolg van onenigheid tussen hem en het Openbaar Ministerie – te verklaren. Om dit soort omstandigheden het hoofd te bieden is de geboden rechterlijke vrijheid goed verdedigbaar. Overigens werd in hoger beroep het Openbaar Ministerie vanwege ernstige onzorgvuldigheden niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging van de kroongetuige.⁷⁹⁸

⁷⁹⁴ Vgl. De Roos 2006, p. 9 en 10.

⁷⁹⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 294, nr. 8.

⁷⁹⁶ Rb. Breda 22 april 1997 (niet gepubl.), kenbaar uit Hof Den Bosch 27 februari 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AD2841, r.o. 5.2.23, *NJ* 1998/518. Zie voor de zaak waarin de verdachte optrad als kroongetuige Rb. Breda 15 mei 1997, ECLI:NL:RBBRE:1997:AC4174, *NJ* 1997/587.

⁷⁹⁷ Buruma 1997, p. 65 en 66.

⁷⁹⁸ Hof Den Bosch 27 februari 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AD2841, *NJ* 1998/518. Vgl. HR 2 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8948, *NJ* 2002/357. Zie nader Janssen 2013, p. 61 en 62.

4.4 De positie van de kroongetuige

Het hiervoor beschrevene heeft betrekking op de te volgen procedure om tot de inzet van een kroongetuige te komen. Tegenover deze regels die voornamelijk het Openbaar Ministerie binden staan ook rechten en plichten van de kroongetuige. Allereerst zijn er beperkingen gesteld aan wie toezeggingen kunnen worden gedaan. De getuige moet zich bereid verklaren tot het afleggen van een getuigenverklaring ten overstaan van de rechter op de openbare terechtzitting. Een dergelijke toezegging kan botsen met andere plichten die een individu kan hebben. Daarbij moet in het bijzonder gedacht worden aan de beroepsbeoefenaren die op grond van artikel 218 Sv een verschoningsrecht toekomen. Bij deze categorie wordt het door de minister onwenselijk geacht dat zij afstand doen van hun professionele verschoningsrecht.⁷⁹⁹ Dit zou afbreuk doen aan de bijzondere vertrouwensrelatie die bestaat tussen de geheimhouder en – in het geval van een advocaat – zijn cliënt. Bovendien zou de uit de kroongetuigeregeling voortvloeiende spreekplicht de wettelijke geheimhoudingsplicht kunnen schenden. De getuige die (mede)verdachte is, moet namelijk volledige informatie en opening van zaken geven over het aandeel dat hij in de strafbare feiten waarop zijn getuigenverklaring betrekking had.⁸⁰⁰ Het niet naleven van deze afspraken verkleint niet alleen de kans dat de rechter op basis van artikel 44a Sr overgaat tot strafvermindering, maar levert tevens een strafbaar feit op.⁸⁰¹ Daarnaast kan een verklaring die afwijkt van hetgeen de getuige eerder bij de rechter-commissaris heeft verklaard, meened opleveren.⁸⁰² Daarmee is niet gezegd dat botsende rechten altijd een beletsel vormen voor het maken van afspraken met getuigen. Zo staat het familiale verschoningsrecht, zoals dat is neergelegd in artikel 217 Sv, niet in de weg tot het afleggen van een getuigenverklaring in de zin van artikel 226g en verder Sv. Deze verschoningsgerechtigden zijn namelijk niet verplicht om zich te verschonen, waardoor de bereidwilligheid aan de zijde van de getuige voldoende is om de mogelijkheid tot het doen van toezeggingen te onderzoeken.⁸⁰³

De bereidwilligheid om te getuigen zal in grote mate afhangen van de toezeggingen die gedaan kunnen worden. De aard van de toezeggingen die de officier van de justitie aan de getuige mag doen, zijn wettelijk en buitenwettelijk ingeperkt. De wet opent de mogelijkheid tot strafvermindering, een positief gratieadvies en het verlenen van

⁷⁹⁹ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 294, nr. 3, p. 20 en *Kamerstukken II 1998/99*, 26 294, nr. 6, p. 34.

⁸⁰⁰ §6 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860.

⁸⁰¹ Art. 192 lid 2 Sr.

⁸⁰² Art. 207 Sr.

⁸⁰³ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 294, nr. 3, p. 20. Zie ook §6 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860: 'afspraken [kunnen, EM] worden gemaakt over de mate waarin de getuige zich op het verschoningsrecht dat hem in verschillende hoedanigheden kan toekomen, zal beroepen. Dat betekent dat in de rede ligt dat wordt afgesproken dat de getuige zich niet op artikel 217 Sv. zal beroepen.'

een gunstbetoon.⁸⁰⁴ Daarnaast biedt de aanwijzing ruimte tot het verminderen van de vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de mogelijkheid tot het intrekken van een uitgaand verzoek tot uit- of overlevering.⁸⁰⁵ De status van deze niet op de wet gebaseerde toezeggingen is lange tijd onduidelijk gebleven. Een wettelijke basis ontbrak namelijk voor deze toezeggingen, waardoor de vraag rees of de wetgever een gesloten formeel-wettelijk systeem beoogde of dat het Openbaar Ministerie een ruimere toezeggingsbevoegdheid had. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de in de aanwijzing opgenomen toezeggingen voornamelijk een uitvloeisel zijn van de wens van het Openbaar Ministerie om meer speelruimte te krijgen.⁸⁰⁶ Artikel 167 Sv, waarin het opportuniteitsbeginsel is verwoord, werd in combinatie met een uitbreiding van de aanwijzing als een voldoende grondslag beschouwd.⁸⁰⁷ Het uiteindelijke oordeel over de adequate grondslag werd in handen van de rechter gelegd.⁸⁰⁸ Voor zover is na te gaan moest de Rechtbank Amsterdam zich voor het eerst uitspreken over deze *status quo*.⁸⁰⁹ Het Openbaar Ministerie had afgezien van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van het opportuniteitsbeginsel. De rechtbank stond daarbij voor de vraag of er een voldoende juridische grondslag bestond voor het doen van toezeggingen die betrekking hadden op de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De wetshistorie speelde bij die afweging een belangrijke rol. Met name werd relevant geacht dat de Tweede Kamer sinds de bekendmaking van de aanwijzing geen materiële bezwaren had geuit.⁸¹⁰ De rechtbank destilleerde uit deze houding van de Tweede Kamer een legitimiteitsargument voor dergelijke toezeggingen. Een dergelijke redenering staat niet op zichzelf. Ook bij het al dan niet toestaan van de criminele burgerinfiltrant speelde de opstelling van dit orgaan van de volksvertegenwoordiging een rol, dat aanvankelijk via een motie een ban legde op het gebruik van criminele burgerinfiltranten. Net zozeer als de waarde van die motie toen werd betwijfeld, kunnen ook in het kader van de kroongetuige vraagtekens worden gezet bij de legitimiteit van dit argument. Janssen, die tevens als raadsman in het zogenoemde Passageproces optreedt, stelt op basis van dezelfde wetsgeschiedenis dat niet kan worden geconcludeerd dat de Tweede Kamer het gesloten systeem wilde loslaten. Uit het uitblijven van een parlementaire reactie op de buitenwettelijke

⁸⁰⁴ Resp. art. 226g lid 1 Sv jo. 44a Sr; art. 226k lid 1 en 226g lid 4 Sv.

⁸⁰⁵ §4 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860.

⁸⁰⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6.

⁸⁰⁷ *Handelingen I* 2004/05, 25, p. 1089.

⁸⁰⁸ *Kamerstukken I* 2004/05, 26 294 en 28 017, E, p. 2.

⁸⁰⁹ Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3412.

⁸¹⁰ Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3412, r.o. 2.1.2: 'Uit het feit dat de Tweede Kamer sinds de toezending van de huidige Aanwijzing in maart 2006 het stilzwijgen heeft bewaard, maakt de rechtbank op dat er binnen het parlement geen overwegende materiële bezwaren leven tegen de wijze waarop het Openbaar Ministerie volgens de Aanwijzing zijn bevoegdheden mag hanteren om met criminele getuigen tot overeenstemming te komen.'

toezeggingsmogelijkheden van het Openbaar Ministerie kan met name in het licht van de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat oorspronkelijk een gesloten formeel-wettelijk systeem werd beoogd, niet worden afgeleid dat de wil van de wetgever veranderd is, aldus Janssen.⁸¹¹ Volgens hem is het standpunt van de Tweede Kamer ten tijde van het aannemen van het wetsvoorstel in 2001 van doorslaggevend belang. Toen was de Kamer in meerderheid voor een gesloten formeel-wettelijk systeem. Als daarna 'de panelen zijn gaan verschuiven', is dat in zijn ogen weinig betekenisvol.⁸¹² Hij gaat nog een stap verder, door te stellen dat de niet-wettelijk geregelde toezeggingen in strijd zijn met de wet.⁸¹³ Met die stelling is, zoals is gebleken uit de eerder aangehaalde Passage-uitspraak, de Rechtbank Amsterdam niet meegegaan.

Janssen heeft in zijn betoog veel waarde gehecht aan de parlementaire geschiedenis. Daarmee heeft hij zich op een kwetsbaar terrein begeven, zeker nu uit de wetsgeschiedenis geen ondubbelzinnige conclusies kunnen worden getrokken. Dat blijkt reeds uit de jurisprudentie en literatuur, waarin niet eenduidig geoordeeld wordt over wat de wetgever precies voor ogen stond.⁸¹⁴ Daarom lijken de door Janssen ingenomen standpunten meer onderbouwing nodig te hebben, aangezien de enkele vaststelling dat ten tijde van het aannemen van de wet door de Tweede Kamer de wet in steen gebeiteld is, zich moeilijk verhoudt met de ook door hem onderkende veranderde inzichten van de Eerste en Tweede Kamer. De analyse van de wetsgeschiedenis lijkt dan ook onvoldoende vruchtbaar om het Openbaar Ministerie een ruime toezeggingsbevoegdheid te ontzeggen. De reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel ten aanzien van toelaatbare toezeggingen lijkt evenmin steun te geven aan een gesloten wettelijk systeem. Zo stelde Simmelink dat een strafvorderlijke regeling voor toezeggingen in de kroongetuigeregeling 'op de keeper [sic] beschouwd niet strikt noodzakelijk is'.⁸¹⁵ Anderzijds wordt een duidelijke normering wenselijk geacht in het kader van bijvoorbeeld de integriteit en de betrouwbaarheid van de kroongetuige.⁸¹⁶ Opvallend is dat de Rechtbank Amsterdam niet is ingegaan op de reikwijdte van artikel 167 Sv. Zij volstond met een toetsing aan de hoofddoelen die de wetgever destijds centraal stelde, te weten een wettelijke basis, transparantie en toetsbaarheid door de rechter. Op grond hiervan werden geen overwegende bezwaren gevonden. Zodoende lijken de wet en de parlementaire geschiedenis niet te wijzen op een gesloten formeel-wettelijk systeem.

⁸¹¹ Janssen 2013, p. 242-247.

⁸¹² Janssen 2013, p. 246.

⁸¹³ Janssen 2013, p. 199 en 200.

⁸¹⁴ Zie bijv. Mols 2013, p. 302, die over de uitspraken van de Rechtbank Amsterdam stelt dat 'de parlementaire geschiedenis [...] zo voorbeeldig [...] is verwoord', terwijl Janssen 2013 tot een andere duiding van de wetsgeschiedenis komt.

⁸¹⁵ Simmelink 2004, p. 235. Aldus ook bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/04, 26 294 en 28 017, nr. 6, p. 3 en 4.

⁸¹⁶ Buruma 1999, p. 596 en 597 en Simmelink 2004, p. 235. Zie ook de noot van Schalken bij HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1472, *NJ* 1999/566 m.nt. Schalken.

Afspraken die ‘in de zaak van betekenis kunnen zijn’ hebben daarentegen wel een wettelijke basis.⁸¹⁷ Deze categorie wordt in de aanwijzing als volgt verwoord: ‘Onder gunstbetoon valt het verrichten van handelingen die vallen binnen de normale bevoegdheden van de officier van justitie, die een relatief geringe betekenis hebben en niet rechtstreeks aan de beantwoording van de vragen van artikelen 348 en 350 Sv raken, maar die wel op enigerlei wijze invloed kunnen hebben op de bereidheid tot het afleggen van een getuigenverklaring.’⁸¹⁸ Bij een gunstbetoon kan gedacht worden aan een milder detentieregime of de toezegging dat het belang van de betreffende persoon wordt verdedigd bij de IND.⁸¹⁹ Overigens geldt voor een gunstbetoon waarvoor de medewerking van derden is vereist, zoals het geval is bij voorspraak bij de IND, slechts een inspanningsverplichting. Garanties kunnen hieromtrent dus niet geboden worden.

Van alle toezeggingen die gedaan kunnen worden, roept de mogelijkheid tot strafvermindering de meeste discussie op. Opvallend is dat discussies hieromtrent met name gevoerd worden over toezeggingen aan verdachten, terwijl er eveneens deals gesloten kunnen worden met spijtoptanten die reeds veroordeeld zijn. Met deze laatstgenoemde categorie kunnen – naast de eerdergenoemde toezeggingen – afspraken gemaakt worden die zien op een positief gratieadvies waarin een vermindering van de opgelegde straf met maximaal de helft zal worden uitgebracht indien de veroordeelde een verzoekschrift om gratie indient. Ook met verdachten kan overeengekomen worden dat de helft van de normaliter op grond van de tenlastelegging te vorderen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt gevorderd. Zoals gezegd, is deze mogelijkheid veelvuldig onderwerp van discussie geweest. Dit kan het best worden geïllustreerd door een brief van de minister van Veiligheid en Justitie uit medio 2013, waarin de toegestane bovengrens bij strafvermindering opnieuw ter sprake wordt gesteld. In deze brief stelt de minister dat de praktijk laat zien dat het niet lukt om tot afspraken met kroongetuigen te komen vanwege de beperkte speelruimte van het Openbaar Ministerie op dit vlak.⁸²⁰ Daarom wil hij de ruimte tot het doen van toezeggingen verruimen, namelijk door het doen van een financiële tegemoetkoming mogelijk te maken – iets wat tot nu toe verboden is⁸²¹ – of door een strafvermindering van meer dan de helft mogelijk te maken. Een dergelijke verruiming is bepaald niet nieuw; de grenzen van de betreffende bevoegdheid zijn sinds de invoering van de wet toezeggingen aan getuigen in beweging. Aanvankelijk wilde

⁸¹⁷ Art. 226g lid 4 Sv.

⁸¹⁸ §8.1 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860.

⁸¹⁹ §8 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860. Indien het gunstbetoon de medewerking van derden vereist, zoals het geval is bij voorspraak bij de IND, geldt er slechts een inspanningsverplichting.

⁸²⁰ *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 83, p. 6.

⁸²¹ §5 Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken van 4 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26860.

de wetgever een te vorderen strafvermindering van een derde mogelijk maken, maar er werd betwijfeld of dit genoeg was om potentiële getuigen een verklaring te laten afleggen. Deze twijfel resulteerde in de aanvaarding van een amendement waarin de maximaal toe te zeggen vordering tot strafvermindering verhoogd werd tot de – thans nog geldende – helft.⁸²² Dit voorlopige parlementaire sluitstuk van de discussie luidde niet het einde van de wetenschappelijke discussie in. De onderzoeksgroep Strafvordering 2001 wilde een toezegging die inhoudt dat een verdachte of getuige niet vervolgd wordt niet uitsluiten.⁸²³ In uitzonderlijke gevallen (voorbeelden werden niet genoemd) moest de mogelijkheid daartoe openstaan. Fijnaut liet zich kritisch uit over de wettelijk gestelde grens.⁸²⁴ Voor de succesvolle aanpak van zware criminaliteit en de daarmee samenhangende bewaking van de integriteit van de opsporing (voor een doeltreffende en integere strafrechtelijke rechtshandhaving is de inzet van kroongetuigen noodzakelijk⁸²⁵) achtte hij volledige of gedeeltelijke immuniteit noodzakelijk. In dit betoog vond hij de minister van Veiligheid en Justitie aan zijn zijde, die in de hiervoor genoemde brief op vergelijkbare gronden een heroverweging van de toegestane toezeggingen noodzakelijk acht. Daarmee verwoordt de minister een langer gekoesterde wens van het Openbaar Ministerie. In 2004 had de door het College van procureurs-generaal ingestelde werkgroep 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken' ervoor gepleit om elke tegenprestatie toelaatbaar te achten, tenzij deze toezegging 'in strijd is met de wet of anderszins – vanwege juridische, praktische of ethische bezwaren – ontoelaatbaar moet worden geacht'.⁸²⁶ De wens van de werkgroep – ondersteund door het College van procureurs-generaal⁸²⁷ – resulteerde in de besproken buitenwettelijke toezeggingsmogelijkheden.⁸²⁸ Voor het overige werden de wensen niet gevolgd. Het veroordelende vonnis in het passageproces, waarin het tot de inzet van een kroongetuige is gekomen, heeft de genoemde bezwaren niet kunnen wegnemen.⁸²⁹

⁸²² *Kamerstukken II* 2004/05, 28 017, nr. 7. Voor een amendement met eenzelfde strekking bestond eerder geen meerderheid. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26 294, nr. 27.

⁸²³ Simmelink 2004, p. 236 en 237.

⁸²⁴ Fijnaut 2012, p. 80. Zie voor vergelijkbare kritiek Crijns 2010, p. 69 en 70.

⁸²⁵ Anders: Prakken 1996, p. 1620, die stelt dat het maken van deals met getuigen de geloofwaardigheid en integriteit van de strafrechtspleging juist kan ondermijnen.

⁸²⁶ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/04, 26 294 en 28 017, nr. 6, p. 17 en 18. Vgl. Plooi 2004, die als lid van deze werkgroep een artikel schreef met eenzelfde strekking.

⁸²⁷ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6.

⁸²⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 017 en 26 294, nr. 6.

⁸²⁹ Zie bijv. M. Haenen, 'Trots dat rechter kroongetuigedeal aanvaardt' (interview), *NRC Handelsblad* 30 januari 2013, p. 6, waarin procureur-generaal Van Nimwegen zich uitsprak voor meer ruimte om deals te sluiten met verdachten.

De discussie over de deals die het Openbaar Ministerie zou mogen sluiten, verzanden snel in debatten over moraliteit en integriteit.⁸³⁰ Hoe interessant deze zaken ook zijn, zij leiden in dit kader al snel af van een voor dit onderzoek relevantere vraag, te weten hoe ver de overheid zou moeten gaan in het betrekken van burgers in de opsporing teneinde tot de opheldering te komen van strafbare feiten. Die vraag is niet eenduidig te beantwoorden. Enige waarnemingen hieromtrent zijn met betrekking tot de kroongetuige wel te maken. Buruma stelde voorop dat je met kroongetuigen ‘niet moet willen werken’, maar dat de wet ‘ontsnappingsroutes’ moet openhouden.⁸³¹ De minister lijkt daarbij meer wegen open te stellen, door in het kader van de strafeis verder te gaan dan de lijn die in het verleden is getrokken. Op basis van terugkerende discussies over de ruimtevoortoezeggingen die zien op de strafmaat kan de verwachting worden uitgesproken dat een volledige straffkorting mogelijk zal worden.⁸³² Daarmee zou afscheid genomen worden van de nuttige functie die de beperkte straffkorting thans vervult. Onzuivere motieven zijn nooit uit te sluiten, maar de straffdreiging die de kroongetuige in de huidige regeling boven het hoofd hangt, leidt er in ieder geval toe dat de persoon in kwestie zelf ook de gevolgen draagt van zijn bekentenis. Ook bij het bewust verdraaien van de waarheid zal tegen de kroongetuige minimaal de helft van de toepasselijke strafeis worden geëist, terwijl deze getuige – indien de wet op dit punt wordt aangepast – in een nieuwe situatie vrijuit kan gaan. Het verbeteren van de eigen criminele positie van de getuige kan zodoende onbestraft plaatsvinden. Hier kan tegenin worden gebracht dat de betrouwbaarheid van de kroongetuige een constant punt van aandacht is voor het Openbaar Ministerie en dat een onbetrouwbare getuige niet voor een dergelijke toezegging in aanmerking komt, maar daarmee wordt het voormelde risico ten hoogste verminderd, maar niet weggenomen. Bovendien leert de praktijk dat de kroongetuigeregeling een uitweg kan zijn voor criminelen die in een levensbedreigende situatie zijn beland.⁸³³ Voor deze categorie personen zijn de waarborgen die het getuigenbeschermingsprogramma – als parallel traject – biedt van grotere betekenis dan de mogelijkheden in het kader van straffkorting, zodat geen overspannen verwachtingen moeten bestaan over het oprekken van dergelijke

⁸³⁰ Opvallend is dat de omgang met ‘klokkenluiders’ in een heel ander daglicht staat. Deze categorie personen vertoont veel gelijkenissen met de kroongetuige, maar de term klokkenluider roept veelal positievere associaties op. Illustratief is de oprichting van een ‘Huis voor klokkenluiders’ (wet van 14 april 2016, *Stb.* 2016/147), dat onderzoek doet naar maatschappelijke misstanden, aanbevelingen doet om problemen op te lossen in dit kader en adviezen verleent aan de melder. Zie in het algemeen nader Bleichrodt 2010, p. 27 en De Vries 2016.

⁸³¹ Buruma 2004, p. 200.

⁸³² Toenmalig minister van Veiligheid en Justitie Opstelten hintte op een dergelijke verruiming. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 83, p. 6; *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 173, p. 24 en *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 195, p. 23.

⁸³³ Vgl. Bleichrodt & Korten 2012, p. 1566, die wijzen op de afhankelijke positie van burgers zodra zij als gevolg van de samenwerking met de overheid in een dreigende positie komen.

grenzen.⁸³⁴ Deze aspecten verdienen in mijn optiek een plaats in de discussie rondom de verruiming van de toezeggingen aan getuigen.

5. Enkele bijzondere vormen van bijdragen van burgers aan de opsporing belicht

5.1 Inleiding

De verantwoordelijkheid van de overheid tot de opsporing van strafbare feiten stopt niet bij de landsgrenzen. Zulks blijkt bijvoorbeeld uit artikel 3 Sr, dat bepaalt dat de Nederlandse strafwet ook toepasselijk is op eenieder die zich buiten Nederland aan boord van een Nederlands vaartuig of luchtvaartuig aan enig strafbaar feit schuldig maakt.⁸³⁵ Aanvankelijk voorzag het Wetboek van Strafvordering niet in bepalingen die specifiek geënt waren op de strafvordering buiten het grondgebied van Nederland.⁸³⁶ Zo was een Nederlandse opsporingsambtenaar in beginsel niet bevoegd een verdachte buiten Nederland staande te houden. Langzamerhand drong het besef door dat het onwenselijk was om strafvorderlijk optreden te beperken tot Nederlands grondgebied. Zo werd de overheid door de toename van grensoverschrijdende criminaliteit steeds meer geconfronteerd met de beperkingen ten aanzien van het verrichten van ambtshandelingen buiten het Nederlandse grondgebied. Veelal kon het benodigde bewijs hierdoor niet uit het buitenland worden verkregen.⁸³⁷ Het duurde tot 1967 voordat de wetgever in de leemte voorzag door met een algemene wettelijke regeling te komen die een grondslag bood voor de strafvordering buiten Nederland.⁸³⁸ Met het verruimen van de strafvordering buiten de landsgrenzen werd ook de normering hiervan noodzakelijk, omdat de extraterritoriale strafvordering de soevereiniteit van een land kan schenden.⁸³⁹ Artikel 539a lid 3 Sv bepaalt dan ook dat strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank enkel is toegestaan mits het volkenrecht en het interregionale recht dit toelaten. Het optreden buiten het rechtsgebied zal dan

⁸³⁴ Zie over het risico van vermenging van beide trajecten Janssen 2013, p. 157-173 en Korten 2015, p. 227 en 228.

⁸³⁵ Zie nader *Kamerstukken II* 1964/65, 7 979, nr. 3, p. 1.

⁸³⁶ Zie bijv. HR 30 oktober 1962, *NJ* 1963/29 m.nt. Rölöng, waarin geoordeeld werd dat aan de ambtenaren van de Rijkspolitie geen opsporingsbevoegdheid buiten het grondgebied van 'het Rijk van Europa' was toegekend, waardoor zij niet bevoegd waren een op basis van art. 63 Schepewet opgedragen opsporingstaak uit te oefenen.

⁸³⁷ Zie nader Van Agt 1967.

⁸³⁸ Wet van 16 maart 1967, *Stb.* 1967, 152.

⁸³⁹ Klip 1995, p. 1056-1061.

ook gebaseerd moeten zijn op de toestemming van de Staat of een verdragsrechtelijke basis dienen te hebben.⁸⁴⁰

Het uitstrekken van de strafrechtelijke rechtshandhaving tot over de landsgrenzen stuit op praktische grenzen. Binnen Nederland bestaat er een justitieel apparaat om de rechtsorde te handhaven. Bij de bespreking van het burgerarrest is reeds opgemerkt dat politie en justitie niet altijd in staat zijn om dit volledig te waarborgen. Dat geldt logischerwijs nog meer voor het buitenland, waar 'een macht die op ieder ogenblik buiten ons grondgebied kan optreden naar aanleiding van een strafbaar feit, ontbreekt'.⁸⁴¹ Strafvorderlijk optreden op het grondgebied van een andere Staat verhoudt zich immers niet met het eerdergenoemde principe van soevereiniteit. Op zichzelf is deze beperkte mogelijkheid tot extraterritoriale strafvordering weinig problematisch, daar op buitenlands grondgebied veelal een bevoegde autoriteit aanwezig zal zijn.⁸⁴² Toch biedt dit onvoldoende zekerheid, bijvoorbeeld bij gebeurtenissen in de lucht en op zee. Het is daarom verklaarbaar dat het door Wolswijk getypeerde strafforderlijk optreden 'van binnenuit' mogelijk is gemaakt.⁸⁴³ Buiten het rechtsgebied van een rechtbank kent Titel VIA van het Vierde Boek van het Wetboek van Strafvordering bevoegdheden toe aan burgers. In het bijzonder betreffen dit de commandant, de schipper en de gezagvoerder van een luchtvaartuig. In artikel 136a Sv worden definities van deze personen gegeven.⁸⁴⁴ Onder 'schipper' wordt elke gezagvoerder van een Nederlands schip of zeevissersschip of degene die deze vervangt verstaan en tevens valt onder deze definitie de persoon die de leiding heeft op een bij koninklijk besluit aangewezen installatie ter zee. Onder de noemer 'gezagvoerder van een luchtvaartuig' valt elke gezagvoerder van een Nederlands burgerlijk luchtvaartuig of degene die deze vervangt. Ten slotte wordt onder 'commandant' verstaan de bevelhebber van een Nederlands oorlogsschip of een Nederlands militair luchtvaartuig. Aan deze in beginsel niet-opsporingsambtenaren⁸⁴⁵ zijn bijzondere bevoegdheden toegekend in het kader van extraterritoriale strafvordering. De wettelijke regeling spitst zich – zoals gezegd –

⁸⁴⁰ Zie ook Permanente Hof van Internationale Justitie 7 september 1927, Series A, nr. 10: 'The first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.'

⁸⁴¹ *Kamerstukken II* 1964/65, 7 979, nr. 3, p. 6 en 7.

⁸⁴² Klip 1995, p. 1073.

⁸⁴³ Wolswijk, in: *Wetboek van Strafvordering, Internationale en Interregionale Samenwerking in Strafzaken 2014*, III.9.6.6.

⁸⁴⁴ Vgl. art. 539v en 539w Sv, waarin resp. een beperktere (enkel een Nederlands schip, een zeevissersschip of de leidinggever op een installatie ter zee is uitgesloten. Zie *Kamerstukken II* 1964/65, 7 979, nr. 3, p. 13) en een ruimere (enig schip, ongeacht de nationaliteit) invulling van het begrip schipper (en indirect van het begrip opvarende) wordt gebezigd. Art. 136a lid 3 Sv opent hiertoe de mogelijkheid.

⁸⁴⁵ Commandanten kunnen op grond van art. 539d Sv met de opsporing buiten het rechtsgebied van een rechtbank worden belast.

met name toe op situaties op zee (schepen) en in de lucht (luchtvaartuigen). In het licht van de soevereiniteit van Staten zullen de bijzondere strafvorderlijke bepalingen met name zien op schepen en vliegtuigen onder Nederlandse vlag op (het luchtruim boven) volle zee, omdat dit stateloos gebied betreft.⁸⁴⁶ In andere gevallen is de mogelijkheid tot strafvorderlijk optreden onder meer afhankelijk van de locatie van het schip of het vliegtuig en de ernst van het delict.⁸⁴⁷ In de volgende paragraaf wordt stilgestaan bij enkele plichten en bevoegdheden die in dit verband aan commandanten, schippers en gezagvoerders zijn toegekend.

5.2 Bijzondere dwangmiddelen en verplichtingen

De bepalingen die zien op burgers in de extraterritoriale strafvordering kunnen worden onderscheiden in bijzondere dwangmiddelen en in verplichtingen. De dwangmiddelen zijn op een enkele uitzondering na ruimer dan de eerder behandelde dwangmiddelen die zijn toegekend aan burgers op Nederlands grondgebied. Zo is de commandant, de schipper en de gezagvoerder van een luchtvaartuig bevoegd tot het staande houden van iemand om naar zijn personalia te vragen.⁸⁴⁸ In een binnenlandse situatie is die bevoegdheid enkel toegekend aan opsporingsambtenaren. De bevoegdheid tot aanhouding voor eenieder is anders dan in artikel 53 Sv beperkt tot misdrijven.⁸⁴⁹ Bij een ontdekking op heterdaad van een overtreding zijn enkel de opsporingsambtenaar, commandant, schipper en een gezagvoerder van een luchtvaartuig gerechtigd tot aanhouding. Diezelfde groep personen is, anders dan binnen het rechtsgebied van een rechtbank, in het geval van een misdrijf of bij overtreding van artikel 435 sub 4 Sr (het opgeven van een valse naam) tevens bevoegd tot aanhouding buiten het geval van een ontdekking op heterdaad.⁸⁵⁰ Waarom enerzijds een beperking in een heterdaadsituatie wordt gegeven en anderzijds buiten heterdaad de aanhoudingsbevoegdheid is opgetrokken wordt door de wetgever slechts gedeeltelijk verklaard.

⁸⁴⁶ Voor schepen is dit verdragsrechtelijk neergelegd in art. 89 VN-Zeerechtverdrag. Voor vliegtuigen mist een dergelijke verdragsrechtelijke grondslag, maar er wordt vanuit gegaan dat een luchtvaartuig boven volle zee onder de exclusieve strafvorderlijke rechtsmacht van de vlaggenstaat valt. Zie Shubber 1973, p. 50 en 51 en Wolswijk, in: *Wetboek van Strafvordering, Internationale en Interregionale Samenwerking in Strafzaken 2014*, III.9.5.8 en III.9.6.4. Vgl. HR 24 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AD5669, NJ 1984/538 m.nt. Van Veen.

⁸⁴⁷ Zie uitgebreid Wolswijk, in: *Wetboek van Strafvordering, Internationale en Interregionale Samenwerking in Strafzaken 2014*, III.9.5 en 9.6. Het Verdrag van Tokio (*Trb.* 1964, 115) heeft de gezagvoerder bijvoorbeeld ruimere bevoegdheden toegekend ter zake van 'ernstige misdrijven' (daaronder vallen blijkens art. 539t Sv misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld).

⁸⁴⁸ Art. 539g jo. 52 Sv.

⁸⁴⁹ Art. 539h lid 1 sub 1 en 2 Sv.

⁸⁵⁰ Art. 539h lid 1 sub 3 Sv.

Bij een aanhouding buiten heterdaad is in artikel 539h lid 1 sub 3 Sv de eis van het corresponderende artikel 54 Sv dat voorlopige hechtenis moet zijn toegelaten vervallen. Het gevaar dat de verdachte zich zou onttrekken aan justitie, dat via artikel 67a Sv mede ten grondslag ligt aan een aanhouding buiten heterdaad, werd voor personen die zich buiten Nederland bevinden als vrij groot ingeschat. Een verruiming van de aanhoudingsbevoegdheid lag volgens de wetgever daarom in de rede.⁸⁵¹ Het gevaar van vluchten zou kunnen verklaren waarom de aanhouding buiten heterdaad tevens wordt toegekend aan een bredere groep dan (in beginsel) enkel de officier van justitie. Naar de ratio achter het onderscheid tussen overtredingen en misdrijven in een heterdaadsituatie is het echter gissen. Een mogelijke reden is dat de genoemde bijzondere groep personen zich sowieso aan boord van het schip, installatie ter zee of het luchtvaartuig bevindt, waardoor het slechts om een marginale beperking gaat. Bovendien gaat het om minder strafwaardig geachte strafbare feiten, waardoor een beperktere aanhoudingsbevoegdheid te billijken is.

Aan de commandant, schipper en gezagvoerder van een luchtvaartuig zijn ook steundwangmiddelen toegekend die verder reiken dan de betredingsbevoegdheid van artikel 55 Sv en de inbeslagnemingsbevoegdheid van artikel 95 Sv. Zo is deze groep burgers gerechtigd om voor inbeslagneming vatbare voorwerpen die de verdachte niet met zich draagt, in beslag te nemen door de uitlevering hiervan te vorderen.⁸⁵² Deze bevoegdheid bestaat enkel voor zover ter plaatse geen opsporingsambtenaar aanwezig is. In het licht van deze ruimere inbeslagnemingsbevoegdheid is het verklaarbaar dat aan schippers en commandanten de bevoegdheid is toegekend om alle plaatsen te betreden.⁸⁵³ De beperkingen die in artikel 55 lid 1 Sv worden genoemd gelden dan ook niet. Voor overige personen gelden de steunbevoegdheden van artikel 55 en 95 Sv onverkort.⁸⁵⁴ Artikel 539o Sv opent de mogelijkheid tot het fouilleren van een aangehouden persoon door een commandant, de schipper en de gezagvoerder van een luchtvaartuig, mits er geen opsporingsambtenaar aanwezig is. Ook dan is de bevoegdheid van deze groep burgers uitgebreider dan in een 'gewone' artikel 53-situatie.

Indien een verdachte wordt aangehouden dient deze persoon onverwijld overgeleverd te worden aan de in artikel 539h Sv genoemde personen die bevoegd zijn om hem te verhoren.⁸⁵⁵ Daaruit volgt dat het uiteindelijke doel van de aanhoudingsbevoegdheid van artikel 53 en 539h Sv niet wezenlijk uiteenloopt; beide artikelen beogen het verhoor van de verdachte mogelijk te maken. Indien er

⁸⁵¹ *Kamerstukken II 1964/65, 7 979, nr. 3, p. 11.*

⁸⁵² Art. 539p lid 2 Sv.

⁸⁵³ Art. 539s lid 1 Sv. De gezagvoerder wordt niet genoemd als persoon die ter inbeslagnamen toegang heeft tot elke plaats.

⁸⁵⁴ Art. 539a lid 1 Sv.

⁸⁵⁵ Art. 539i Sv.

een officier van justitie aanwezig is, wordt de verdachte aan hem overgedragen. In andere gevallen wordt de verdachte overgedragen aan een opsporingsambtenaar of – indien die niet aanwezig is – aan de schipper, de gezagvoerder van het luchtvaartuig of aan de commandant.⁸⁵⁶ De officier van justitie beveelt indien hij dit noodzakelijk acht het verhoor van de verdachte. Dat verhoor kan hij zelf afnemen, of, indien hij er niet is, dit overlaten aan een opsporingsambtenaar. Veelal zal er evenmin een opsporingsambtenaar aanwezig zijn en zal de zesuurstermijn die artikel 539k Sv voor het ophouden voor verhoor stelt niet de benodigde ruimte geven om te wachten op de komst van de officier of een andere opsporingsambtenaar.⁸⁵⁷ In die gevallen zijn ook schippers, commandanten en gezagvoerders bevoegd tot het afnemen van een verhoor. Wel moeten twee opvarenden of inzittenden bij het verhoor aanwezig zijn.⁸⁵⁸ De regels van het verhoor die zijn neergelegd in artikel 29 Sv gelden in dat geval onverkort.⁸⁵⁹ Daarnaast kent een dergelijk verhoor wettelijke en praktische beperkingen.⁸⁶⁰ Zo zal van het verhoor proces-verbaal moeten worden opgemaakt, maar mist het de bijzondere bewijskracht in de zin van artikel 344 lid 2 Sv. In het oorspronkelijke wetsontwerp kon een commandant (en officieren van zee- en luchtmacht) aan wie niet de hoedanigheid van opsporingsambtenaar was toegekend op ambtseer een proces-verbaal opmaken. Daarmee werd een zodanig proces-verbaal gelijkgetrokken met een dergelijk document van een opsporingsambtenaar. Er werden echter twijfels geuit over de vraag of de eed van de commandant het proces-verbaal kon schragen. Daarom werd besloten geen uitzonderingspositie voor de commandant (en de officier) die geen opsporingsambtenaar is op te nemen.⁸⁶¹ Omdat artikel 539f lid 3 Sv in beginsel verplicht om twee andere personen aanwezig te doen zijn bij het verhoor, heeft deze wijziging voor het bewijs geen verstekkende gevolgen.⁸⁶²

De bijzondere situatie van een verdachte buiten Nederlands grondgebied vraagt om nadere aandacht voor zijn positie. De verdachte zal buiten Nederland veelal in een onaangename positie verkeren dan indien in Nederland dwangmiddelen tegen hem

⁸⁵⁶ Art. 539i sub 4 Sv lijkt te veronderstellen dat een aangehouden verdachte ter keuze van de aanhouder kan worden overgeleverd aan een opsporingsambtenaar of aan een commandant. Uitgangspunt is echter dat de verdachte onverwijld wordt overgeleverd aan een opsporingsambtenaar en enkel indien deze niet aanwezig is, aan een commandant, tenzij de commandant uiteraard zelf met de opsporing van het desbetreffende strafbare feit is belast.

⁸⁵⁷ Art. 539k lid 2 opent de mogelijkheid om een verdachte langer dan zes uur op te houden.

⁸⁵⁸ Art. 539f lid 3 Sv.

⁸⁵⁹ Art. 539j lid 4 Sv. In dit artikel is de commandant niet opgenomen, maar deze persoon wordt in art. 29 Sv als 'de verhoorende [...] ambtenaar' reeds genoemd.

⁸⁶⁰ Dit geldt uiteraard ook voor de vrijheidsbeneming van een verdachte. Daarvan geeft het Besluit ex art. 539n Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1967, 637 invulling.

⁸⁶¹ *Kamerstukken II* 1965/66, 7 979, nr. 10.

⁸⁶² Een aanvulling van art. 539f lid 3 Sv met commandanten en officieren van zee- en luchtmacht werd niet noodzakelijk geacht, omdat aan deze ambtenaren instructies kunnen worden gegeven dat zij zich bij een verhoor vergezellen door twee anderen. Zie *Kamerstukken II* 1965/66, 7 979, nr. 10.

worden aangewend.⁸⁶³ Mede daarom zijn de bevoegdheden die aan de commandant, de schipper en de gezagvoerder van een luchtvaartuig zijn toegekend enkel aan te wenden op aanwijzing van de officier van justitie, tenzij zodanige aanwijzingen niet kunnen worden afgewacht.⁸⁶⁴ Volgens de wetgever maakte de communicatietechniek – en dat is door technologische ontwikkelingen steeds meer gaan gelden – het mogelijk voor de officier van justitie op afstand beslissen over deze maatregelen.⁸⁶⁵ Zodoende heeft de officier van justitie een controlerende taak met betrekking tot de toepassing van de aan burgers toegekende bevoegdheden. Bij de uitvoering van deze taak dient wel rekening gehouden te worden met de omstandigheden waaronder de toepassing van dwangmiddelen plaatsvindt. Hierbij kan verwezen worden naar een arrest van de Hoge Raad uit 2015.⁸⁶⁶ In het kader van een anti-piraterijmissie was een groep Somaliërs aangehouden die verdacht werd van strafbare feiten. Deze aanhouding was gebaseerd op artikel 105 VN-zeerechtverdrag, dat in een context van de handhaving van de internationale rechtsorde de bevoegdheid toekent om personen aan boord van een piratenschip te arresteren. Een dag na deze arrestatie werd de aanhouding buiten heterdaad door de officier van justitie bevolen. De vraag rees of de initiële vrijheidsbeneming – dus voordat de officier van justitie de aanhouding beval – in strijd was met artikel 5 lid 1 sub c EVRM (verbod op willekeurige vrijheidsbeneming), waarbij in het bijzonder de vraag speelde of niet eerder strafvorderlijk moest worden opgetreden. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 105 VN-zeerechtverdrag een toereikende grondslag bood voor de bevoegdheid om de verdachte aan te houden. Daarnaast overwoog de Hoge Raad: 'In de geschetste omstandigheden [de Hoge Raad spreekt over een 'onoverzichtelijke en levensgevaarlijke situatie', EM] zou het van een overspanning van de realiteit getuigen, mede gezien de internationale rechtsbasis van de bevoegdheden van de Commandant, van hem te eisen dat hij niet tot vrijheidsbeneming van de verdachte zou hebben mogen overgaan dan op grondslag van strafvorderlijke bevoegdheden in afhankelijkheid van de zich in Nederland bevindende Officier van Justitie. Daaraan doet niet af dat een commandant de bevoegdheid tot zo een vrijheidsbeneming in voorkomende gevallen ook op bepalingen van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering (art. 539a e.v.) zou hebben kunnen doen berusten.'⁸⁶⁷ In deze benadering van de Hoge Raad is de overgang tussen de handhaving van de internationale rechtsorde en het strafvorderlijk optreden geleidelijk; de toepassing van het (door de rechtbank getypeerde) 'defensiebelang' hoeft niet direct samen te vallen met strafvorderlijk optreden. Er bestaat ruimte voor flexibiliteit. Het bijzondere karakter

⁸⁶³ *Kamerstukken II* 1964/65, 7 979, nr. 3, p. 7.

⁸⁶⁴ Art. 539b lid 1 Sv.

⁸⁶⁵ *Kamerstukken II* 1964/65, 7 979, nr. 3, p. 7.

⁸⁶⁶ HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3640; 3682; 3683 en 3684.

⁸⁶⁷ HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3640; 3682; 3683 en 3684, r.o. 3.3.3.

van strafvorderlijk optreden buiten het rechtsgebied van een rechtbank klinkt hierin door. Veelal gaat het om complexe situaties, waarin enige flexibiliteit ten aanzien van de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden mogelijk moet zijn.

De toezichtstaak van de officier van justitie strekt zich ook uit over het waarborgen van een eerlijk proces. Zo noopt de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad tot het recht op consultatie van een raadsman voorafgaand en tijdens een verhoor.⁸⁶⁸ Dit zal op een schip en in een luchtvaartuig niet gemakkelijk te effectueren zijn, maar via compenserende maatregelen hoeft dit niet per definitie tot juridische problemen te leiden. In artikel 539l lid 4 Sv is het recht voor de verdachte neergelegd dat hij zich kan vertegenwoordigen door een raadsman met wie hij zich in verbinding kan stellen.⁸⁶⁹ Het zal in voorkomende gevallen aankomen op duidelijke instructies door de officier van justitie aan de personen die het verhoor afnemen om via compenserende maatregelen toch het recht op een eerlijk proces te waarborgen.

De wetgever was van mening dat controle op het handelen van schippers ook noodzakelijk is indien zij geen justitiële bemoeienis wensen.⁸⁷⁰ Artikel 539u Sv verplicht daarom de schipper om bij het plaatsvinden van een ernstig delict contact op te nemen met de officier van justitie. Het niet voldoen aan dit voorschrift is op basis van artikel 471a Sr een strafbaar feit. Kapiteins zijn ook verplicht een strafregister bij te houden, waarin melding wordt gemaakt van elk strafbaar feit dat er plaatsvindt.⁸⁷¹ Deze artikelen trachten een daadwerkelijke effectuering van en controle op de ruimere strafmachtsrecht van Nederland te waarborgen. In dat licht moet ook de verplichting die artikel 539w Sv creëert worden gelezen, waarin vastgelegd is dat aan bevoegde ambtenaren de toegang tot het schip niet ontzegd kan worden. Niet-naleving van deze voorschriften valt onder de reikwijdte van artikel 184 Sr. Krachtens het tweede lid van artikel 539w Sv is de bevoegde ambtenaar niet onderworpen aan het gezag van de schipper, zodat voorkomen wordt dat deze ambtenaar onder de reikwijdte van artikel 400 Sr (dienstweigering door opvarenden) valt. De bepalingen in deze afdeling zijn gericht tot de schipper en – in beperktere mate – de leidinggevende van een installatie ter zee of de gezagvoerder van een zeevissersschip, maar niet tot de gezagvoerder van een Nederlands luchtvaartuig.⁸⁷² Het voorgaande staat los van de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden, waarbij, blijkens artikel 539b lid 2 Sv, het informeren van de officier van justitie voor alle niet-opsporingsambtenaren noodzakelijk is.

⁸⁶⁸ Zie onder meer EHRM 27 november 2008, 36391/02, *NJ* 2009/214 (*Salduz/Turkije*) en HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, *NJ* 2016/52 m.nt. Klip. Zie in dit kader ook de Richtlijn 2013/48/EU, waarop de jurisprudentie van de Hoge Raad mede is gebaseerd.

⁸⁶⁹ Art. 539n lid 2 Sv.

⁸⁷⁰ *Kamerstukken II* 1964/65, 7 979, nr. 3, p. 13.

⁸⁷¹ Art. 539v Sv.

⁸⁷² Art. 539u lid 2 jo. 136a lid 2 Sv.

De hiervoor besproken bijzondere categorie burgers oefenen bevoegdheden uit die normaliter voorbehouden zijn aan opsporingsambtenaren. Volgens de wetgever treedt de schipper of de gezagvoerder ten behoeve van de strafvordering open 'oefent op gelijke voet als een ambtenaar een functie van het openbaar gezag uit'.⁸⁷³ Het overheidsgezag is zodoende een dynamisch begrip, dat niet enkel door opsporingsambtenaren wordt uitgeoefend. Bij de regeling van het burgerarrest werd door sommige auteurs al een link gelegd tussen het strafvorderlijk optreden door burgers en het handelen van opsporingsambtenaren, maar dit bleek tot weinig juridische consequenties te leiden. Zo kan in herinnering worden geroepen dat niet-opsporingsambtenaren weinig extra bescherming genieten in een heterdaadsituatie. Aangevoerd is dat deze beperkte bescherming gelegen is in de aard van het optreden van burgers in een artikel 53-situatie; van optreden in het kader van het openbaar gezag was geen sprake. Bovendien bleek de controle op het handelen van derden moeilijk vorm te geven. De aanhoudende burger vervult in de strafvordering dan ook een beperkte rol. Enkel binnen scherp omliggende kaders mogen burgers een bijdrage leveren. De rol van niet-opsporingsambtenaren in de extraterritoriale strafvordering heeft zo gezien een ander karakter. Het overheidsgezag is buiten het rechtsgebied van een rechtbank niet of slechts in beperkte mate aanwezig, waardoor aan een specifieke groep burgers ruime bevoegdheden zijn toegekend om de noodzakelijke rechtshandhaving te garanderen. Tegelijkertijd wordt via specifieke strafbepalingen en strafvorderlijke regels het noodzakelijke toezicht op het handelen van deze burgers gewaarborgd. Het is dan ook begrijpelijk dat de bescherming van deze categorie burgers is opgetrokken. In artikel 183 Sr wordt de bescherming die ambtenaren op grond van de artikelen 179 tot en met 182 Sr genieten van toepassing verklaard voor de schipper of gezagvoerder van een luchtvaartuig die de eerder behandelde strafvorderlijke bevoegdheden uitoefenen. Dit betekent onder meer dat de reikwijdte van wederspanningheid wordt uitgebreid naar deze groep van niet-opsporingsambtenaren. De cumulatie van taken die schippers en gezagvoerders uitoefenen rechtvaardigen, anders dan bij 'gewone burgers', de ruimere bescherming die de artikelen 179 tot en met 182 Sr bieden.⁸⁷⁴ Gegeven dit juridische kader kan het handelen van deze groep particulieren als een min of meer volwaardige bijdrage aan de strafvordering worden gezien.

⁸⁷³ *Kamerstukken II* 1964/65, 7 979, nr. 3, p. 14.

⁸⁷⁴ Vgl. Smidt II 1891, p. 175, waarin een vergelijkbare bescherming die beambten en bedienden van spoorwegdiensten genoten werd verklaard door het 'zóó onberekenbaar belang' dat zij dienden.

6. Vrijwillige en gedwongen medewerking aan de opsporing

6.1 Inleiding

Een verbindende schakel tussen de hiervoor besproken vormen van burgerbijstand en -onderzoek is dat de medewerking aan de opsporing in principe op een vrijwillige basis geschiedt. Het staat de burger in beginsel vrij om bij te dragen aan de strafvordering. Dat geldt niet alleen voor de burger die onderzoek verricht; ook de burger die het onderwerp is van opsporingsonderzoek kan vrijwillig hulp verlenen aan de opsporing. Hij kan bijvoorbeeld informatie prijsgeven over zijn rol bij een strafbaar feit, of toestemming verlenen voor een huiszoeking. Uit het Wetboek van Strafvordering blijkt dat de wetgever de vrijwillige bijdrage aan de opsporing van belang vindt. Zo volgt uit artikel 151b lid 1 Sv dat eerst moet worden ingezet op vrijwillige afname van DNA-materiaal. Alleen als dit niet mogelijk is, wordt – mits uiteraard aan de voorwaarden wordt voldaan – gekozen voor gedwongen afname. Daarmee wordt de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte zoveel mogelijk beperkt.⁸⁷⁵ Bovendien valt een dergelijke medewerking te rijmen met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel en bevordert de vrijwillige medewerking de legitimiteit van overheidsoptreden.⁸⁷⁶ Ondanks deze nastrevenswaardige doelen, klinkt er in de literatuur door dat niet alles goud is wat er blinkt. Zo wordt betwijfeld of burgers daadwerkelijk ‘vrijwillig’ bijdragen aan de opsporing, indien de daarop volgende opsporingsactiviteiten belastend materiaal opleveren.⁸⁷⁷ Het is dan de vraag welk belang de burger heeft om vrijwillig mee te werken, zeker als in aanmerking wordt genomen dat – zo zal hierna blijken – deze toestemming de onderzoeksmogelijkheden van de politie aanzienlijk verruimt. Vanuit deze optiek is het verklaarbaar dat burgers niet altijd afstand willen doen van hun rechten. Voor een effectieve opsporing kan dan ook niet alleen gevaren worden op vrijwilligheid. Ook zonder de instemming van de betrokken persoon kan strafvorderlijk worden opgetreden. Dergelijke gedwongen deelnamen aan de opsporing maken in principe geen onderdeel uit van dit onderzoek, maar voor de plaats van de burger in het Wetboek van Strafvordering is dit aspect wel van belang. Om die reden wordt in het navolgende stilgestaan bij de verhouding tussen vrijwillige en gedwongen medewerking aan de opsporing.

⁸⁷⁵ *Kamerstukken II 1999/00, 26 271, nr. 9, p. 16.*

⁸⁷⁶ Baaijens-van Geloven & Simmelink 2002, p. 472.

⁸⁷⁷ Ter Brake 2009, p. 74 en 75.

6.2 Vrijwilligheid

De dichotomie tussen burgers en opsporingsambtenaren die in dit boek wordt aangehouden, gaat uit van een juridisch relevant onderscheid tussen deze personen in het strafprocesrecht. Soms ligt de juridische positie van beide actoren dicht bij elkaar, zoals bij de aanhoudingsbevoegdheid uit artikel 53 Sv, en soms is de positie van de burger van een geheel andere orde dan de positie van opsporingsambtenaren, zoals bij de inzet van meer ingrijpende dwangmiddelen. Zodoende bewegen beide actoren zich binnen hun eigen juridische domein. Toch is geen sprake van een waterdichte scheidslijn, zoals de ratio achter de legitimerende werking van vrijwilligheid laat zien. Indien een burger toestemming verleent aan een opsporingsambtenaar, 'staan de activiteiten van de opsporingsambtenaar [...] op gelijke voet met de verrichtingen waartoe iedere burger op basis van de verleende toestemming gerechtigd zou zijn', aldus Baaijens-van Geloven en Simmelink.⁸⁷⁸ Juridisch is dit goed te verklaren. De toepassing van dwangmiddelen gaat uit van de uitoefening van macht om een inbreuk te maken op iemands grondrechten. Op het moment dat de burger toestemming geeft aan de politie, is van machtsuitoefening geen sprake meer. De burger werkt immers vrijwillig mee aan de strafvordering. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is deze benadering ook zichtbaar. Zo werd het oordeel van het hof dat 'het onderzoek in de woning van de verdachte met diens toestemming heeft plaatsgevonden, zodat van toepassing van het dwangmiddel van huiszoeking geen sprake was', niet onbegrijpelijk geacht.⁸⁷⁹ De grondslag voor de opsporingsactiviteit is dan niet gelegen in de wet, maar in de toestemming van de persoon op wie de onderzoeksactiviteiten zijn gericht. Het is dan ook verklaarbaar dat de eisen die de wet stelt aan de betreffende opsporingsmethoden niet hoeven te worden nageleefd en dat toestemming ook legitimerend kan werken voor onderzoeksactiviteiten die niet in de wet zijn neergelegd.

Hoewel een zogeheten 'waiver' in beginsel niet op verzet uit Straatsburg leidt, kent dezerechtsfiguur wel haar beperkingen.⁸⁸⁰ Zo kan, zoals in paragraaf 6.2 verder zal worden uitgewerkt, de vrijwillige medewerking botsen met de verantwoordelijkheidsverdeling in de strafvordering. Daarnaast kan de toestemming van de verdachte als wettelijk vereiste in de wet zijn neergelegd, alvorens een dwangmiddel kan worden toegepast. In dat geval is de inzet van een dwangmiddel enkel toegestaan indien de betrokkene

⁸⁷⁸ Baaijens-van Geloven & Simmelink 2002, p. 469.

⁸⁷⁹ HR 1 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1694, r.o. 3.7, NJ 2000/264.

⁸⁸⁰ Vgl. EHRM 7 mei 1974, 1936/63 (*Neumeister/Oostenrijk*) en EHRM 23 juni 1981, 6878/75 en 7238/75, NJ 1982/602 (*Le Compte, Van Leuven & De Meyere/België*).

een verdachte is.⁸⁸¹ Ten slotte kan de aard van het in het geding zijnde grondrecht zich verzetten tegen een verklaring van afstand. Daarbij moet in het bijzonder gedacht worden aan vrijheidsbenemende dwangmiddelen. De gegeven toestemming van de betrokken persoon mag namelijk niet interfereren met het recht op de persoonlijke vrijheid.⁸⁸² Binnen deze kaders kan ingezet worden op de vrijwillige medewerking. Naast voorwaarden omtrent de vraag *wanneer* ingezet kan worden op toestemming van de betrokkene, spelen de omstandigheden waaronder de vrijwilligheid vorm heeft gekregen een rol. Betwist wordt bijvoorbeeld dat er onvoldoende aanleiding bestond voor de toepassing van het betreffende dwangmiddel, of dat aan de verleende medewerking gebreken kleven. Het eerste argument sorteert veelal weinig effect. Zoals gezegd leidt de toestemming van de verdachte ertoe dat er geen sprake is van een dwangmiddel. De Hoge Raad heeft hierop voortgeborduurd door het oordeel van het Hof Leeuwarden te casseren dat bij een vrijwillige doorzoeking een redelijk vermoeden van schuld noodzakelijk is.⁸⁸³ Aan de specifieke wettelijke eisen van doorzoeking hoeven immers niet te zijn voldaan. Advocaat-generaal Silvis wijst in zijn conclusie voor dit arrest, in navolging van advocaat-generaal Machielse, dat er wel een ondergrens is in deze benadering. Beide advocaten-generaal stellen zich op het standpunt dat onder omstandigheden de reden voor het optreden zodanig vaag is en van willekeur getuigt, dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, ook wanneer de burger toestemming verleent, niet toelaatbaar is.⁸⁸⁴ Uit de jurisprudentie blijkt dat aan deze ondergrens snel is voldaan. Ook in de gevallen dat toestemming in de wet centraal staat – en een bepaalde verdenkingsgraad vereist is –, wordt niet snel aangenomen dat sprake is van willekeur.⁸⁸⁵

Bij het verlenen van toestemming is ook relevant in hoeverre de toestemming daadwerkelijk in vrijheid is gegeven. Het EHRM eist dat de verklaring waarin men afstand doet van een recht is ‘established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance’.⁸⁸⁶ Ook wordt de eis gesteld

⁸⁸¹ Zie bijv. art. 8 jo. 163 lid 3 en 4 WvSv en de hierop gebaseerde arresten HR 6 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3993, *NJ* 2006/447 m.nt. Reijntjes en HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3616, *NJ* 2015/107 m.nt. Vellinga-Schootstra. Ook voor de regeling van art. 195a e.v. Sv (DNA-onderzoek) lijkt eenzelfde toetsingskader te gelden. Keulen & Knigge 2010, p. 304 merken op dat de efficiënte wetshandhaving (lees: kostenoverwegingen) aan dit uitgangspunt ten grondslag ligt.

⁸⁸² Zie bijv. HR 8 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1272, *NJ* 1999/63.

⁸⁸³ HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5315, *NJ* 2013/355 m.nt. Borgers. Na terugverwijzing is het arrest van hof gecasseerd, ditmaal op grond van de (onjuiste) toepassing van art. 359a Sv. Zie HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3109, *NJ* 2015/288 m.nt. Borgers.

⁸⁸⁴ HR (concl. A-G Silvis) 18 december 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY5315, *NJ* 2013/355 m.nt. Borgers, nr. 12 en HR (concl. A-G Machielse) 8 april 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC5944, voetnoot 2.

⁸⁸⁵ Zie bijv. HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3616, r.o. 3.4.2, *NJ* 2015/107 m.nt. Vellinga-Schootstra. Zie ook Van Kampen 2013, p. 147.

⁸⁸⁶ Zie bijv. EHRM 27 november 2008, 36391/02, r.o. 59, *NJ* 2009/214 (*Salduz/Turkije*).

dat de *waiver* ‘must not run counter to any important public interest’.⁸⁸⁷ Borgers merkt op dat deze vereisten voornamelijk zijn uitgewerkt in relatie tot artikel 6 EVRM, maar dat artikel 8 EVRM ook aanknopingspunten biedt voor verweren die zien op gebreken ten aanzien van de verleende toestemming.⁸⁸⁸ Desondanks wil de Hoge Raad volgens advocaat-generaal Hofstee ‘betrekkelijk snel [...] aannemen dat van vrijwillige medewerking sprake is’.⁸⁸⁹ Zo stelt de Hoge Raad geen specifieke eisen aan de reikwijdte van de toestemming door de betrokken persoon, de zogeheten *informed consent*.⁸⁹⁰ Dat neemt niet weg dat er gebreken kunnen kleven aan de verleende toestemming. De toestemming van een persoon kan voortvloeien uit een stoornis van zijn geestvermogens, waardoor een persoon niet in staat is zijn wil te bepalen.⁸⁹¹ Toch moet ook in die situaties een slag om de arm worden gehouden, bijvoorbeeld indien de betrokken persoon in een latere, niet-verwarde periode persisteert in de toestemming.⁸⁹² Ook kan gedacht worden aan taalbarrières, waardoor aan de totstandkoming van de toestemming getwijfeld kan worden. Daarnaast kan de politiemacht zo imposant zijn – bijvoorbeeld door zware bewapening en maskers – dat de toestemming niet weloverwogen tot stand komt.⁸⁹³ In dergelijke gevallen ligt mogelijk ruimte om – in feitelijke aanleg – een succesvol verweer te voeren dat ziet op gebreken aan de verleende toestemming.

De ruimte die de vrijwillige medewerking voor het opsporingsapparaat creëert en het beperkte aantal randvoorwaarden dat gesteld wordt aan de vrijwillige medewerking, heeft tot discussies geleid over de rol die toestemming zou moeten spelen. Enerzijds zijn er auteurs, zoals Reijntjes en Ter Brake, die kritisch zijn over de regeling omtrent de vrijwilligheid. Zo zou er onder meer te veel onduidelijkheid bestaan over de verleende toestemming en zouden de toepasselijke wettelijke waarborgen ondergraven worden.⁸⁹⁴ Aan de andere kant van het spectrum staat de door Mevis gemaakte analyse – overigens zonder deze zelf te onderschrijven – van de preadviezen van Hooykaas en Feber.⁸⁹⁵ Op basis van het belang van de gemeenschap voor een goed functionerende strafvordering, dient een burger altijd toestemming te moeten geven indien een daartoe uitgaand verzoek komt van de overheid.⁸⁹⁶ Uit het oogpunt van rechtsbescherming verdient dit niet de voorkeur. Er is evenmin aanleiding om afwijzend te staan tegenover de mogelijkheid tot vrijwillige medewerking. Burgers kunnen zelf een afweging

⁸⁸⁷ Zie bijv. EHRM 1 maart 2006, 56581/00, r.o. 86, *NJ* 2006/661 m.nt. Schalken (*Sejdovic/Italië*).

⁸⁸⁸ De noot van Borgers, nr. 6 bij HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5315, *NJ* 2013/355.

⁸⁸⁹ HR (concl. A-G Hofstee) 23 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ8163, nr. 20.

⁸⁹⁰ Van Kampen 2013.

⁸⁹¹ Vgl. HR 16 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8995, *NJ* 1986/232.

⁸⁹² HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3616, *NJ* 2015/107 m.nt. Vellinga-Schootstra.

⁸⁹³ EHRM 17 juli 2007, 48666/99 (*Kučera/Slowakije*).

⁸⁹⁴ Resp. Reijntjes 2008, p. 558 en 559 en Ter Brake 2009, p. 74 en 75.

⁸⁹⁵ Mevis 1989, p. 40 en 41.

⁸⁹⁶ Hooykaas 1934 en Feber 1956.

maken om al dan niet een bijdrage te leveren aan de strafvordering. Daarvoor is wel noodzakelijk dat zij voldoende informatie hebben. Ten aanzien van DNA-onderzoek en in het geval van het binnentreden van een woning zijn reeds aanknopingspunten te vinden voor een dergelijk vereiste.⁸⁹⁷ Een algemene informatieplicht ontbreekt echter. Om die reden zou het aanbeveling verdienen om – hetzij in de jurisprudentie, hetzij in de wet – een maatstaf te introduceren waaraan de verleende toestemming moet voldoen. Met name bij ingrijpende onderzoeksmethoden – zoals het binnentreden en eventueel het doorzoeken van een woning – is een goede informatievoorziening noodzakelijk. Mevis pleit er bijvoorbeeld voor om de notificatie-eisen die artikel 1 lid 1 Awbi stelt aan het binnentreden van een woning ook te laten gelden voor het vragen van toestemming.⁸⁹⁸ De Centrale Raad van Beroep spreekt in dit kader over de eis van ‘volledige en juiste informatie over reden en doel van het huisbezoek en over de gevolgen van het weigeren van toestemming’.⁸⁹⁹ In een strafrechtelijke context zal het uiteraard gaan om de aanwending van een dwangmiddel (en niet om een huisbezoek) en is ook (juist) het informeren over de gevolgen van het verlenen van toestemming van belang, maar de kern blijft desondanks hetzelfde: het voldoende informatie verstrekken om al dan niet afstand te doen van het betreffende grondrecht. Zeker nu een gunst wordt gevraagd aan de burger, is het acceptabel om daar enige voorwaarden aan te stellen.

6.3 Verplichtingen

Tegenover de vrijwillige bijdragen aan de opsporing staan bepalingen in het Wetboek van Strafvordering waarin burgers gedwongen worden bij te dragen aan de strafvordering. Mac Gillavry heeft in zijn proefschrift een heldere rubricering aangebracht van dergelijke meewerkverplichtingen. Alseerste onderscheidt hij reactieve meewerkverplichtingen. Het initiatief tot de inzet van dergelijke verplichtingen komt in dat geval van een opsporingsambtenaar of de rechter-commissaris. Een voorbeeld vormt artikel 96a Sv, waarin de regeling van de inbeslagneming van daarvoor vatbare voorwerpen is neergelegd. Een tweede categorie wordt gevormd door actieve meewerkverplichtingen. Dergelijke bepalingen scheppen een verplichting voor de adressant om op eigen initiatief te handelen. Artikel 16o Sv is een voorbeeld van een dergelijke actieve meewerkplicht, omdat het een verplichting tot aangifte oplegt aan de persoon die kennis draagt van bepaalde strafbare feiten. Ten slotte bestaan er passieve meewerkverplichtingen, welke ‘(permanent) gelden ongeacht de vraag

⁸⁹⁷ Resp. art. 151a lid 1 Sv en art. 2 lid 2 Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, *Stb.* 2001, 400 en art. 1 lid 1 jo. lid 4 Awbi. Zie ten aanzien van de Awbi nader Mevis 2014, p. 166-169

⁸⁹⁸ Mevis 2014, p. 169.

⁸⁹⁹ CRvB 30 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2128.

of (de medewerker van) het bedrijf in de toekomst daadwerkelijk met een reactieve of actieve meewerkplicht te maken krijgt'.⁹⁰⁰ Meestal betreft het de verplichting tot het registreren of het bewaren van bepaalde gegevens. Gewezen kan worden op het eerder behandelde artikel 539v Sv, waarin de kapitein verplicht is een strafregister bij te houden. Evenals Mac Gillavry ben ik niet bekend met reactieve meewerkverplichtingen die, buiten beroep of bedrijf, voor burgers gelden.

De meewerkverplichtingen voeren de boventoon in het Wetboek van Strafvordering. Dit valt te begrijpen vanuit de gedachte dat de opsporing primair een overheidstaak is; de burger is veelal het onderwerp van opsporingsactiviteiten en niet een participant.⁹⁰¹ Bij de meewerkverplichtingen heeft de wetgever moeten afwegen of het belang van de opsporing een gedwongen bijdrage aan de opsporing rechtvaardigde. In het kader van de getuigplicht zijn de belangen die bij de afweging tussen vrijwillig en verplichte bijdragen spelen reeds theoretisch ingebed.⁹⁰² Hieruit bleek dat de waarheidsvinding een – zij het wankel – basis bood voor de betreffende verplichting tot het bijdragen aan strafzaken. Uit de voorgaande paragraaf kwam evenwel naar voren dat de belangen van burgers niet uit het oog verloren dienen te worden, indien op hen een beroep wordt gedaan om bij te dragen aan de opsporing. Voor dergelijke belangen lijkt op het eerste gezicht minder ruimte te bestaan bij meewerkverplichtingen. Bij de gedwongen bijdragen aan de opsporing wordt de burger immers gedwongen een inbreuk op zijn grondrecht(en) te dulden. De hierna te bespreken regeling van het vorderen van gegevens laat zien dat dit beeld enige nuance behoeft.

Het verstrekken van gegevens door derden aan opsporingsinstanties vindt in beginsel plaats binnen een vrijwillig kader. Zo kan een persoon die getuige is van een overval de door hem genoteerde kentekengegevens verstrekken aan een opsporingsambtenaar.⁹⁰³ Bij privacygevoelige informatie is deze gegevensverstrekking echter niet zonder juridische complicaties. De reden daartoe is gelegen in artikel 8 EVRM, de Europese Privacyrichtlijn en de – op de voorgaande grondslagen geënte – Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: de Wbp). In de Wbp worden algemene normen gegeven voor de omgang met persoonsgegevens. Onder deze gegevens wordt elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon verstaan.⁹⁰⁴ Uitgangspunt van de Wbp is dat deze verwerking van gegevens in overeenstemming met de wet en op een behoorlijke en zorgvuldige wijze gebeurt.⁹⁰⁵ Het principe van

⁹⁰⁰ Mac Gillavry 2004, p. 88.

⁹⁰¹ Mac Gillavry 2004, p. 463.

⁹⁰² Zie §4.1 van dit hfd.

⁹⁰³ Dit voorbeeld is ontleend aan *Kamerstukken I* 2004/05, 29 441, C, p. 5 en 6.

⁹⁰⁴ Art. 1 sub a Wbp.

⁹⁰⁵ Art. 6 Wbp.

doelbinding staat daarbij centraal.⁹⁰⁶ De gegevens moeten voor een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doeleinde verzameld worden. In artikel 8 Wbp is een limitatieve opsomming van gronden die de verwerking van persoonsgegevens kunnen rechtvaardigen opgenomen.⁹⁰⁷ Naast enkele specifieke gronden (zoals de ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene), is in sub f een restbepaling opgenomen. Deze bepaling ziet op de situatie dat de gegevensverwerking noodzakelijk is 'voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert'.

Artikel 2 lid 2 sub a Wbp sluit de toepassing van de wet uit voor de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van activiteiten met uitsluitend persoonlijke of huishoudelijke doeleinden. Onder deze categorie kan bijvoorbeeld het hiervoor besproken voorbeeld van het noteren van een kenteken door een getuige van een overval worden geschaard. De Wbp is daarentegen wel van toepassing op andere vormen van gegevensverwerking. Indien de beveiligingscamera van een bedrijf bijvoorbeeld een overval registreert, zal de verwerking van deze beelden conform de Wbp moeten plaatsvinden. Het hiervoor behandelde artikel 8 sub f Wbp kan als grond dienen om de verwerking van camerabeelden te rechtvaardigen, bijvoorbeeld voor het beschermen van de eigendommen van de werkgever. Maar het overdragen van de beelden aan de politie dient een ander doel, namelijk het meewerken aan de strafvordering.⁹⁰⁸ Of daartoe een mogelijkheid bestaat, bepaalt artikel 9 lid 1 Wbp.⁹⁰⁹ Daarin is bepaald dat de verdere gegevensverwerking niet onverenigbaar mag zijn met de doeleinden waarvoor de gegevens zijn verkregen. Onder onverenigbaarheid schaaft de minister van Justitie de situatie dat een bedrijf klantgegevens voor commerciële doelen bijhoudt en deze gegevens ter beschikking stelt ten behoeve van de opsporing.⁹¹⁰ Het doel waarvoor de gegevens zijn verkregen – het beheer van klantgegevens – en het doel van de beoogde verwerking – bijdragen aan de opsporing – lopen in dat geval

⁹⁰⁶ Art. 7 en 9 lid 1 Wbp.

⁹⁰⁷ Onder verwerken wordt volgens art. 1 sub b Wbp verstaan: 'elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens'.

⁹⁰⁸ De verstrekking aan een derde kan onderdeel zijn van het oorspronkelijke doel van de verwerking. Mac Gillavry 2004, p. 54 noemt als voorbeeld de Privacy Gedragscode Banken (thans: de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen, *Stcrt.* 2010, 6429). De daarin opgenomen doelstelling van het voorkomen van fraude, kan het verstrekken van persoonsgegevens aan politie en justitie rechtvaardigen.

⁹⁰⁹ In art. 9 lid 2 worden gezichtspunten opgesomd die houvast geven bij de vraag of een verwerking onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen.

⁹¹⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 892, nr. 6, p. 31.

immers uiteen.⁹¹¹ De noodzakelijke medewerking van niet-opsporingsambtenaren aan de opsporing wordt hierdoor dus bemoeilijkt. Het is dan ook begrijpelijk dat artikel 43 sub b Sv bepaalt dat de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten (onder meer) artikel 9 lid 1 Wbp opzij kan zetten. Op grond van dit artikel kan de vrijwillige verstrekking van gegevens aan een opsporingsinstantie rechtmatig zijn, ondanks dat deze verdere verwerking onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen.⁹¹² De wet biedt dus ruimte voor burgers om, zonder de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden, gegevens aan de politie te verstrekken. Artikel 8 Wbp blijft echter onverkort van toepassing; de initiële gegevensverwerking zal moeten passen binnen de doelen die in dit artikel staan vermeld.

Op papier leek de Wbp, door haar reikwijdte en de in de Wbp opgesomde uitzonderingsbepalingen, de gegevensverstrekking door derden ten behoeve van de opsporing niet te belemmeren. In de praktijk bleek de Wbp desondanks een remmende werking te hebben op het delen van informatie met opsporingsinstanties. Artikel 43 Wbp gaat namelijk uit van vrijwillige gegevensverstrekking. Dit leidde ertoe dat de houder van de gegevens een afweging moest maken tussen het belang van het strafvorderlijke onderzoek en de privacy van de betrokkene. In 2001 constateerde de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij, naar haar voorzitter de Commissie-Mevis genoemd, dat gegevensverstrekkers in alle redelijkheid deze afweging niet konden maken.⁹¹³ Verantwoordelijken bleken niet altijd bereid om gegevens te verstrekken, omdat de verstrekking aansprakelijkheidsrisico's met zich kon brengen.⁹¹⁴ Sommige gegevensverstrekkers waren daarentegen niet bekend met relevante wetgeving, wat ook als ongewenst werd ervaren.⁹¹⁵ Bovendien waren aan het verstrekken van gegevens soms (hoge) kosten verbonden en waren bedrijven bang dat het verstrekken van gegevens tot reputatieschade zou kunnen leiden. Mede tegen deze achtergrond stelde de Commissie-Mevis voor om het vrijwillige kader waarin de gegevensverstrekking grotendeels plaatsvond, te verlaten. Geadviseerd werd om in het Wetboek van Strafvordering een regeling op te nemen waarin de bevoegdheid tot het vorderen van gegevens kan worden neergelegd. Dit advies heeft uiteindelijk vorm gekregen in de Wet bevoegdheden vorderen gegevens.⁹¹⁶

Met deze wet is het vorderen van gegevens bij burgers, instanties en bedrijven mogelijk gemaakt. Een onderscheid wordt gemaakt tussen identificerende gegevens,

⁹¹¹ Art. 9 lid 2 sub a Wbp.

⁹¹² Zie ook HR 27 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0215, NJ 2012/693.

⁹¹³ Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij 2001, p. 25.

⁹¹⁴ Mac Gillavry 2004, p. 56 en 57 relateert dit risico, omdat art. 43 Wbp de mogelijkheid creëert om deze verstrekking af te schermen. Zodoende is de gewraakte gegevensverstrekking veelal niet kenbaar voor de betrokkene.

⁹¹⁵ Schreuders e.a. 1999, p. 89.

⁹¹⁶ Wet van 16 juli 2005, *Stcrt.* 2005, 390. Op enkele punten wijkt het advies van de Commissie-Mevis af van de Wet vorderen gegevens. Zie hierover Bijlage bij *Kamerstukken I* 2010/11, 29 441, H, p. 17-20.

gevoelige gegevens en gegevens die niet onder deze categorieën vallen. Dit onderscheid hangt samen met de mate van privacy die in het geding is. De voorwaarden die aan de toepassing van de categorieën zijn hier vervolgens op afgestemd. Nadat de gegevens van een derde zijn gevorderd, is diens rol nog niet uitgespeeld. Artikel 126bb lid 5 Sv legt namelijk in het belang van het onderzoek een geheimhoudingsplicht op aan de houder van de gegevens.

De insteek van de besproken wet was om de negatieve gevolgen die derden ervoeren bij het bijdragen aan de strafvordering zoveel mogelijk te beperken. De gevonden oplossing kan daarbij als pragmatisch worden geduid. In het nieuwe kader waarin de informatieverstrekking door derden aan politie en justitie is geplaatst, staat de waarheidsvinding centraal. De bevoegdheid tot het verstrekken van bepaalde gegevens is uit de handen van burgers en bedrijven genomen en, via de bevoegdheid tot het vorderen van gegevens, in de handen van de overheid gelegd.⁹¹⁷ De indamming van aansprakelijkheidskwesties heeft daarmee de bewegingsruimte voor derden om al dan niet mee te werken aan de opsporing ingrijpend beperkt.⁹¹⁸ Er heeft immers een transitie plaatsgevonden van een vrijwillig naar een – met de dreiging van artikel 184 Sr – verplichte bijdrage aan de strafvordering. Mac Gillavry leidt onder meer hieruit af dat de medeverantwoordelijkheid van de burger voor de opsporing is doorgedrongen in het Wetboek van Strafvordering.⁹¹⁹ In het licht van de in dit hoofdstuk besproken vormen van bijstandverlening door burgers, behoeft die stelling enige nuance, maar vaststaat dat de rol van derden in de opsporing is veranderd.

Bij deze ontwikkeling verdienen drie aspecten de aandacht. Ten eerste is opvallend dat de Wet vorderen gegevens zich ook uitstrekt over burgers, terwijl de problematiek ten aanzien van de informatieverstrekking door bedrijven ten grondslag lag aan de onderzoeksoopdracht van de Commissie-Mevis.⁹²⁰ Daaraan gerelateerd is dat de Wbp, de grondslag van de Wet vorderen gegevens, zich niet uitstrekt over het handelen van ‘gewone’ burgers. Het ontbrak derhalve aan een aanleiding om meewerkverplichtingen voor particulieren in te voeren. Het volgende citaat van de minister van Justitie verheldert desondanks deze keuze:

‘Moet iedere burger dan met een beroep op de bescherming van de relatie met een bepaald persoon medewerking aan het oplossen van een moordzaak kunnen weigeren? Dat vind ik een onevenredige afweging van belangen! Dat is het eenzijdig zeggen dat die

⁹¹⁷ Vgl. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 353, nr. 6, p. 10 en 11.

⁹¹⁸ Art. 552a Sv opent de mogelijkheid voor de belanghebbende om zich te beklagen over de toepassing van de vordering van gegevens.

⁹¹⁹ Mac Gillavry 2004, p. 465

⁹²⁰ Mac Gillavry 2002, p. 28. In een reactie stelt Mevis dat een dergelijk onderscheid niet gemaakt wordt in het Wetboek van Strafvordering en daarom niet past binnen het strafvorderlijke systeem. Zie Mevis 2002, p. 35.

persoonlijke levenssfeer in alle gevallen moet worden beschermd! Neen, de eerste eis en de meest fundamentele bescherming van de persoonlijke levenssfeer is toch dat de overheid ernstige inbreuken, zoals geweld, moord en dat soort zaken, moet kunnen oplossen. In die afweging zeg ik dat de kring als het gaat om identificerende gegevens breed is en de eis laag, dat de kring als het gaat om andere gegevens dan identificerende beperkter is en de procedurele eis en ook de verslaglegging zwaarder en dat de kring als het gaat om gegevens die zonder meer als gevoelig moeten worden beschouwd nog kleiner is en er bovendien een heel uitdrukkelijke uitzondering is gemaakt voor het verschoningsrecht.⁹²¹

De positieve verplichting van de Staat om de persoonlijke levenssfeer te beschermen wordt hierbij aangevoerd als legitimatie voor de meewerkverplichtingen die de wet aan burgers oplegt. Deze legitimering is vooral van theoretische waarde, omdat in de praktijk blijkt dat de in de wet gecreëerde mogelijkheid van het vorderen van gegevens van particulieren niet wordt benut.⁹²²

Van het vorderen van gegevens van bedrijven wordt daarentegen veel gebruikgemaakt. Het vrijwillig verstrekken van informatie is, conform het doel van de wet, vrijwel geheel uitgebannen.⁹²³ Dat het vorderen van gegevens de norm is geworden, kan ook worden afgeleid uit de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel dat de politie of het Openbaar Ministerie niet mag vragen om op vrijwillige basis mee te werken aan verstrekking van dat beeldmateriaal.⁹²⁴ Enkel bij het uit eigen beweging en vrijwillig verstrekken van persoonsgegevens kan aan de regeling van het vorderen van gegevens voorbij worden gegaan.⁹²⁵ Desondanks lopen opsporingsambtenaren soms aan tegen de welwillendheid van derden om bij te dragen aan de opsporing. Zo spreken FIOD-leidinggevend in een uit 2011 stammend evaluatierapport over een 'substantieel probleem' inzake de aanlevering van informatie door banken.⁹²⁶ Banken weigeren bijvoorbeeld de informatie digitaal aan te leveren, waardoor het doorspitten van deze informatie veel tijd in beslag neemt. De banken zelf beklagen zich over de kosten die de vordering met zich brengt, ondanks het feit dat zij op grond van artikel 592 lid 2 Sv aanspraak kunnen maken op een (gedeeltelijke) kostenvergoeding. In het evaluatierapport kan de houding van banken op weinig begrip rekenen. De voorgaande factoren wordt in een kernachtige overweging gepareerd: 'Van banken en geldinstellingen mag, gezien hun positie in de samenleving, worden verwacht dat zij zich in het bijzonder medeverantwoordelijk achten voor het bijdragen aan

⁹²¹ *Handelingen II* 2004/05, 14, p. 817.

⁹²² Bijlage bij *Kamerstukken I* 2010/11, 29 441, H, p. 126.

⁹²³ Bijlage bij *Kamerstukken I* 2010/11, 29 441, H, p. 113.

⁹²⁴ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7688, *NJ* 2012/24 m.nt. Borgers.

⁹²⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 441, nr. 6, p. 2 en 3 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 441, C, p. 2 en 3. Zie bijv. HR 27 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0215, *NJ* 2012/693.

⁹²⁶ Bijlage bij *Kamerstukken I* 2010/11, 29 441, H, p. 92 en 93.

de opsporing van misdrijven. Ook zouden (juist) zij zich bereid moeten tonen om de kosten, die de omzetten van de desbetreffende firma's als bagatel kunnen worden beoordeeld, te dragen.⁹²⁷ Dit citaat sluit aan bij een tweede kanttekening die geplaatst kan worden bij de betreffende regeling, namelijk het risico dat de achtergrond van de Wet bevoegdheden vorderen gegevens uit het oog wordt verloren. In de hiervoor aangehaalde overweging klinken de tegenstellende belangen door die tot wrijving kunnen leiden bij de gedwongen bijdragen van derden aan de opsporing. De waarheidsvinding staat voor politie en justitie voorop. Het kan zijn dat bedrijven de gegevens vrijwillig willen verstrekken, of zelf baat hebben bij het delen van informatie met de politie,⁹²⁸ maar dit impliceert niet – om aan te sluiten bij een in het verleden geuite vrees⁹²⁹ – dat zij een verlengstuk van de opsporing zijn. Doel van de Wet vorderen gegevens was juist om de verantwoordelijkheid voor het verstrekken van informatie niet meer op de schouders van de verantwoordelijke te leggen. Daarmee verhoudt zich niet de stellingname dat het vorderen van gegevens een verantwoordelijkheid van bedrijven voor de opsporing meebrengt, die zich onder meer zou moeten uiten in het dragen van de kosten die de betreffende vordering met zich brengt. Derhalve is ook bij meewerkverplichtingen terughoudendheid geboden.

Tot slot verdient de verhouding met de vrijwillige medewerking aan de opsporing aandacht. Baaijens-van Geloven en Simmelink lieten zich kritisch uit over de inperking van de vrijwillige medewerking bij het vorderen van gegevens, omdat dit het 'aan de burger toekomende recht om – voorzover hij dat van belang acht – opsporingsambtenaren bekend te maken met gegevens die mogelijk van belang zijn voor de opheldering van strafbare feiten' doorkruist.⁹³⁰ In deze opvatting wordt de vrijwillige gegevensverstrekking als een min of meer absoluut recht gezien van burgers, waarop met de Wet bevoegdheden vorderen gegevens een inbreuk wordt gemaakt. Vaststaat dat de Hoge Raad ook thans toestaat dat een burger uit eigen beweging en op vrijwillige basis, 'althans dat die persoon niet door de politie is gevraagd om op vrijwillige basis deze beelden aan de politie te verstrekken', gegevens verstrekt aan opsporingsambtenaren.⁹³¹ In die zin wordt het uitgangspunt dat de burger vrijwillig moet kunnen meewerken aan de opsporing niet verlaten. Ik vraag mij daarnaast af of gesproken kan worden over een 'recht' van burgers om vrijwillig bij te dragen aan de opsporing. Burgers zijn niet met de opsporing van strafbare feiten belast. Hoewel de overheidstaak tot opsporing niet uitsluit dat burgers een bijdrage mogen leveren aan de opsporing, is het aan het Openbaar Ministerie overgelaten om

⁹²⁷ Bijlage bij *Kamerstukken I* 2010/11, 29 441, H, p. 136.

⁹²⁸ Mac Gillavry 2004, p. 196 en 197.

⁹²⁹ Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij 2001, p. 26.

⁹³⁰ Baaijens-Van Geloven & Simmelink 2002, p. 481.

⁹³¹ HR 27 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0215, *NJ* 2012/693.

het opsporingsonderzoek vorm te geven. De verdeling van verantwoordelijkheden in de opsporing lijkt er dan ook aan in de weg te staan om te spreken van een recht op vrijwillige medewerking aan de opsporing.

7. Reflectie

In dit hoofdstuk zijn de in het Wetboek van Strafvordering neergelegde vormen van burgerbijstand en -onderzoek behandeld. Onderscheidenlijk gaat het om zelfstandige bevoegdheden (zoals het burgerarrest en de daaraan gekoppelde steunbevoegdheden), om bevoegdheden waarbij enkel met medewerking van de overheid een bijdrage kan worden geleverd (zoals neergelegd in de Wet BOB en de kroongetuigeregeling) en om de gedwongen medewerking van burgers aan de opsporing (zoals de regeling van het vorderen van gegevens). Gebleken is dat er een grote variatie is in de bijdragen die burgers leveren. Zo staat een burger die aangifte doet aan de basis van een opsporingsonderzoek en kan een burger in de bijzondere opsporing informatie vergaren in een lopend onderzoek. Daarnaast kan een burger als kroongetuige niet enkel een bijdrage leveren aan een lopend opsporingsonderzoek, maar tevens een belangrijke rol spelen op het onderzoek ter terechtzitting. Binnen de kaders van het Wetboek van Strafvordering vervult de burger dus een verscheidenheid aan rollen.

Kenmerkend voor de wettelijk genormeerde bijdragen van burgers is de zekere mate van terughoudendheid van de overheid om burgers te betrekken in de opsporing. Zo zijn aan burgers in een aanhoudingssituatie – in vergelijking met de positie van opsporingsambtenaren – slechts beperkt steundwangmiddelen toegekend en staat de inzet van de burger in de bijzondere opsporing veelal enkel open indien de inzet van een opsporingsambtenaar niet is aangewezen. Hoewel veranderingen zichtbaar zijn – gewezen kan worden op de discussie over de toezeggingen aan kroongetuigen en de positie van de criminele burgerinfiltrant –, is de burger in het Wetboek van Strafvordering veelal het object van opsporingsmethoden en niet een deelnemer. Tegen de achtergrond van hoofdstuk 2, waarin is stilgestaan bij de geschiedenis van de rol van de burger in de opsporing, kan de algemene terughoudendheid van het toekennen van bevoegdheden aan burgers in het Wetboek van Strafvordering verklaard worden door het sterk publieke karakter van de opsporing. Zo bezien is de beperkte rol van de burger in de opsporing historisch gegroeid. Daarbij speelt mee dat de inzet van burgers in de opsporing wordt bemoeilijkt door de noodzakelijke controle. Aan de betrokkenheid van particulieren zijn immers risico's verbonden. Zo ligt het gevaar van eigenrichting en uitlokking op de loer. Door voorwaarden te stellen aan het betrekken van burgers in de opsporing kunnen dergelijke risico's verminderd worden, maar ook dan blijft

voorzichtigheid geboden. De naleving van het instigatieverbod wordt bijvoorbeeld bemoeilijkt doordat voor burgers geen verbaliseringsplicht bestaat. Het streven naar een efficiënte opsporingspraktijk lijkt dan ook een rol te spelen bij de beperkte ruimte voor burgerbijstand.

Vanwege de gesignaleerde aarzeling aan de zijde van de wetgever om burgers – in ieder geval in theorie – ruimte te geven om bij te dragen aan de opsporing, springen de afwijkingen van dit uitgangspunt in het oog. Zo is stilgestaan bij de bijzondere positie van kapiteins, gezagvoerders en commandanten buiten het rechtsgebied van een rechtbank. Gebleken is dat de bevoegdheden van deze (in beginsel) niet-opsporingsambtenaren veel gelijkenissen tonen met die van opsporingsambtenaren die hun bevoegdheden uitoefenen op Nederlands grondgebied. Uit deze ruime bevoegdheidstoekenning kan een kenmerkende karakteristiek van de rol van de burger worden gedestilleerd. De burger vult in het Wetboek van Strafvordering voornamelijk hiaten op in de rechtshandhaving. Kenmerkend lijkt te zijn dat hoe moeilijker de strafwet te handhaven is, hoe ruimer de bevoegdheidstoekenning. Zo is gebleken dat de aanhoudingsbevoegdheid van burgers in artikel 53 Sv beperkt is tot een heterdaadsituatie. De rol van de burger in de Wet BOB is in beginsel enkel toegelaten indien de politieke variant is uitgesloten. Een stap verder gaat de extraterritoriale strafvordering op schepen en vliegtuigen, waar veelal geen justitieel apparaat ter beschikking staat die de rechtsorde kan handhaven. In die gevallen is de bevoegdheid van deze burgers veel ruimer en zijn zij primair een verlengde arm van politie en justitie.

Het is de vraag hoe de positie van de burger in het Wetboek van Strafvordering zich verhoudt tot de in hoofdstuk 2 besproken verantwoordelijkheden van de overheid in de opsporing. Wat betreft de eerste verantwoordelijkheid – het primaat van de opsporing dient bij de overheid te liggen – kan geconcludeerd worden dat het Wetboek van Strafvordering voldoende waarborgen biedt. De burger wordt immers onder de verantwoordelijkheid van de overheid in de opsporing betrokken. Toch is waakzaamheid geboden. De centrale rol van de overheid brengt ook mee dat zij de voorwaarden creëert waaronder burgers een bijdrage mogen leveren. Het is de vraag of dit uitgangspunt voldoende gewaarborgd is, indien de inbreng van particulieren noodzakelijk is voor een effectieve rechtshandhaving. In dat geval is de ruimte voor de overheid om al dan niet tegemoet te komen aan de belangen van deze burger beperkt. Het negeren van dergelijke belangen zou de effectieve rechtshandhaving namelijk kunnen bemoeilijken, indien burgers om die reden niet willen bijdragen aan de opsporing. Het risico bestaat dan ook dat de eigen belangen van de burger meer op de voorgrond komen te staan. Gewezen kan worden op de wens van burgers om anoniem een bijdrage te leveren aan het strafproces, maar ook de discussie over toezeggingen aan getuigen illustreert

de invloed van particulieren op het strafproces. Nu de wensen van particulieren zich niet altijd goed verhouden met andere belangen in het strafproces, zoals het beginsel van interne openbaarheid, betreft de afhankelijke positie van de overheid een reële kwetsbaarheid.

De verantwoordelijkheid van de overheid voor de opsporing brengt ook mee dat zij de kwaliteit van de opsporing moet bewaken. Het stelsel van normen en waarborgen in het Wetboek van Strafvordering biedt dit in dit kader garanties. De controle op het handelen van burgers hangt in dit kader samen met de bevoegdheidstoekenning aan burgers in het kader van de opsporing. Hoe ingrijpender de bevoegdheid die aan burgers is toegekend, hoe strenger de voorwaarden voor de toepassing ervan. Zo gelden voor de stelselmatige informatie-inwinning door burgers minder stringente voorwaarden dan voor de inzet van burgerinfiltranten. Door middel van deze voorwaarden tracht de overheid de kwaliteit van de bijdragen van burgers aan de opsporing te waarborgen. Dit neemt niet weg dat er scepsis bestaat over de vraag of de overheid de kwaliteit van bijdragen van burgers voldoende kan garanderen. Met name bij de regeling van de kroongetuige worden hierover twijfels geuit.

Geconcludeerd kan worden dat de wetgever terughoudend omgaat met de rol van de burger in het Wetboek van Strafvordering. De wetgever is spaarzaam geweest in het toekennen van bevoegdheden aan burgers. Enkel indien er in het licht van een effectieve rechtshandhaving een pure noodzaak bestaat, heeft de wetgever meer bevoegdheden toegekend. In die situaties zijn de bevoegdheden bovendien met veel kwaliteitswaarborgen omkleed. Deze bevoegdheden staan alle ten dienste aan het opsporingsapparaat. Uiteraard kunnen burgers ook bijdragen aan de opsporing zonder een bevoegdheid uit te oefenen die het Wetboek van Strafvordering aan hen toekent. Hier wordt in het volgende hoofdstuk bij stilgestaan.

IV DE NORMERING VAN BETROKKENHEID VAN BURGERS BIJ DE OPSPORING VAN STRAFBARE FEITEN BUITEN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING

1. Inleiding

In hoofdstuk 3 is naar voren gekomen dat het Wetboek van Strafvordering de betrokkenheid van burgers bij de opsporing begrenst en normeert. Deze begrenzing en normering zijn door de reikwijdte van artikel 1 Sv gericht op de door de overheid geëntameerde bijdragen van burgers aan de opsporing. Het handelen van burgers die op eigen initiatief steun verlenen aan de opsporing, oftewel burgeronderzoek, valt in beginsel buiten het bestek van de strafvorderlijke kaders.⁹³² Het toepasselijke kader voor particulieren die niet onder de vlag van de overheid bijdragen aan de strafvordering, kan gevonden worden in voor iedereen geldende bepalingen. Anders dan in het vorige hoofdstuk, zijn deze bepalingen niet primair gericht op de verhouding tussen de overheid en de burger. Juist de horizontale verhouding tussen burgers onderling staat in deze bepalingen centraal. Dit andere perspectief geeft het burgeronderzoek een eigen karakter en een eigen normeringskader. Binnen die kaders worden soms ingrijpende onderzoeksmethoden toegepast door burgers die gelijkenissen vertonen met onderzoeksmethoden door opsporingsambtenaren, zoals het plaatsen van een gps-volgsysteem of – zelfs – het afnemen van bloed.⁹³³ Kenmerkend aan de onderzoekshandelingen door burgers is dat het belang van de strafvordering veelal niet centraal staat. Het doel van particulieren ligt bijvoorbeeld besloten in het terughalen van onterecht betaalde verzekeringsgelden, of in het doen van onderzoek naar het handelen van werknemers.⁹³⁴ Toch is niet uitgesloten dat door particulieren vergaarde informatie in het strafproces gebruikt wordt. Om tot een antwoord te komen op de centrale vragen in dit boek is het daarom noodzakelijk om tevens de positie van onderzoekende burgers die buiten de normering van het Wetboek van Strafvordering valt te verkennen.

⁹³² Zie hfd. 3 §2 voor de uitzondering van art. 53 Sv.

⁹³³ Resp. Rb. Zutphen 13 december 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY6138 en Rb. Amsterdam 19 oktober 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AV0104, JAR 2006/1.

⁹³⁴ Zie bijv. Hof Den Bosch 2 december 1992, ECLI:NL:GHSHE:1992:AB8212, NJ 1993/327 en Rb. Zutphen 9 mei 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB1491.

Onder de term ‘burgeronderzoek’ zijn veel verschillende bijdragen door burgers te scharen. Zowel een journalist die met geheime camera’s onderzoek verricht naar een vermeende illegale wapenhandel door een justitiemedewerker, als een bedrijf dat onderzoek verricht naar vermoedelijke fraude met een creditcard valt onder dit begrip.⁹³⁵ Deze variatie in typen burgeronderzoek heeft gevolgen voor het toepasselijke wettelijke kader. Zo kunnen voor particuliere rechercheurs andere regels gelden dan voor een onderzoeksjournalist. Om dergelijke verschillen inzichtelijk te maken, wordt in dit hoofdstuk stilgestaan bij de normering van deze beroepsgroepen. Daarbij is gekozen om enkele bepalingen in het Wetboek van Strafrecht (paragraaf 3), de onrechtmatige daad (paragraaf 4) en specifieke wet- en regelgeving die ziet op burgeronderzoek (paragraaf 5) te bespreken. Paragraaf 6 is gewijd aan de geformaliseerde samenwerkingsverbanden tussen politie en justitie enerzijds en de journalistiek en particuliere recherchebureaus anderzijds. Met deze afbakening kan het juridische kader van burgeronderzoek inzichtelijk worden gemaakt, zonder dat daarbij naar volledigheid wordt gestreefd. De meer open normering van burgeronderzoek geeft dit hoofdstuk dan ook nadrukkelijk het karakter van een verkenning. Zo wordt bijvoorbeeld de normering van particuliere recherche door werkgevers niet afzonderlijk besproken.⁹³⁶ Een meer volledige beschrijving zou het bestek van dit boek te buiten gaan. Met deze insteek wordt de deelvraag ‘*Welke zijn de algemene (buiten)wettelijke kaders van burgeronderzoek?*’ in de slotparagraaf beantwoord.

2. Vormen van burgeronderzoek

In dit hoofdstuk wordt de focus gelegd op de normering van onderzoeksjournalistiek en particuliere recherchebureaus. Voor deze twee typen burgeronderzoek is gekozen vanwege de plaats die zij innemen in de jurisprudentie en de literatuur en de verwantschap die zij vertonen met de opsporingspraktijk. Deze verwantschap komt reeds tot uitdrukking in de definities van beide beroepsgroepen. Zo houden journalisten zich bezig met informatievergaring ten behoeve van het publiek.⁹³⁷ De onderzoeksjournalistiek vormt hierbij een specifieke groep, welke gericht is op – zoals uit de term valt af te leiden – het doen van eigen onderzoek. Deze vorm van journalistiek vertoont gelijkenissen met de opsporingspraktijk. Bij de opsporing staat het achterhalen van bepaalde feitelijke gebeurtenissen immers ook centraal. Toch zal het

⁹³⁵ Resp. Hof Leeuwarden 24 juli 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BD8528 en HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, AAe 2000, p. 117 m.nt. Buruma.

⁹³⁶ Zie nader Pool 2014.

⁹³⁷ Zie nader Korthals Altes 2008 en §1 Aanwijzing toepassing dwangmiddelen tegen journalisten, *Stcrt.* 2012, 3656. Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 032, nr. 3, p. 6-10 over de reikwijdte van de term ‘journalist’ in het kader van het recht op bronbescherming.

doel van journalisten niet altijd gericht zijn op de strafvordering. Soms zijn zij ongewild onderdeel van het opsporingsonderzoek, bijvoorbeeld bij de inbeslagneming van door journalisten vervaardigde foto's.⁹³⁸ Buiten kijf staat dat onderzoeksjournalistiek van waarde kan zijn voor het strafproces, al staat een rol voor journalisten in de opsporing volgens sommigen op gespannen voet met de vrijheid van nieuwsgaring.⁹³⁹ Terpstra duidt de samenwerking tussen de media en de politie dan ook als 'afwisselend conflictueus en symbiotisch'.⁹⁴⁰

Verwantschap bestaat er ook tussen de particuliere recherche en de opsporingsinstanties. In de wet wordt de particuliere recherche omschreven als een natuurlijke persoon of rechtspersoon 'die in de uitoefening van een beroep of bedrijf met winstoogmerk recherchewerkzaamheden verricht, voor zover die werkzaamheden worden verricht op verzoek van een derde, in verband met een eigen belang van deze derde en betrekking hebben op een of meer bepaalde natuurlijke personen'.⁹⁴¹ Onder deze ruime omschrijving zijn veel typen burgeronderzoek te scharen, zoals een onderzoek naar verzekeringsfraude,⁹⁴² of een onderzoek naar diefstal door personeel.⁹⁴³ Een kenmerkend element in de wettelijke definitie is dat het onderzoek wordt verricht 'in verband met een eigen belang van deze derde'. Daarmee heeft particulier recherchewerk geen strafvorderlijke insteek.⁹⁴⁴ Integendeel, professioneel georganiseerde particulieren worden vaak aangewend als alternatief voor een aangifte bij de politie, zodat bedrijven de regie kunnen houden over de afwikkeling.⁹⁴⁵ Desondanks is het, net als bij journalisten, niet uitgesloten dat de vruchten van particulier recherchewerk leiden tot een strafrechtelijke vervolging.⁹⁴⁶ Zo kwam de adviesgroep particuliere recherche met de aanbeveling voor een extra aangifteplicht voor particuliere recherchebureaus, omdat zij vaker op strafbare feiten stuiten.⁹⁴⁷ De verwantschap tussen de opsporing en particulier recherchewerk kan daarnaast geïllustreerd worden door het feit dat het in bepaalde gevallen mogelijk is voor de opdrachtgever om, via

⁹³⁸ Zie bijv. Rb. Amsterdam 21 januari 1999, *NbSr* 1999, nr. 31 en 32; HR 9 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3817, *NJ* 2000/461 m.nt. 't Hart; Rb. Leeuwarden 23 februari 2012, ECLI:NL:RBL:2012:BV6797; Rb. Den Haag 18 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15508 en Hof Den Haag 18 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:319.

⁹³⁹ Schuijt 2006, m.n. p. 143-149. Vgl. Vennix 2000 en Buruma 2008b.

⁹⁴⁰ Terpstra 2013, p. 364.

⁹⁴¹ Art. 1 sub f Wpbr. Onder recherchewerkzaamheden wordt volgens sub e van hetzelfde artikel verstaan: 'het vergaren en analyseren van gegevens'.

⁹⁴² Zie bijv. Hof Arnhem 22 augustus 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB2125.

⁹⁴³ Zie bijv. Hof Den Bosch 6 januari 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF3787, *NJ* 2003/279.

⁹⁴⁴ Van der Lugt 2001, p. 67: 'De opsporing van strafbare feiten regardeert primair het publieke belang, de rechtsorde, terwijl algemene en bijzondere recherchebureaus primair een privaat belang dienen.'

⁹⁴⁵ Gunther Moor & Van der Vijver 2001, p. 81.

⁹⁴⁶ Zie bijv. Rb. Arnhem 9 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO6757.

⁹⁴⁷ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 VI, nr. 69, p. 11. Uiteindelijk werd hier niet toe besloten, omdat dit het beleidsterrein van de particuliere recherche overstijgt. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 177, p. 3.

de vordering benadeelde partij ingevolge artikel 361 Sv, de kosten voor het particuliere recherchewerk in een strafrechtelijke procedure te verhalen. Borgers stelt daarbij de vraag 'waarom [...] die lasten onder omstandigheden niet mogen worden neergelegd bij de overheid. Particuliere recherchebureaus vullen in zekere zin de leemtes van de rechtshandhaving door de overheid en dragen zo bezien bij aan de behartiging van het algemene belang.'⁹⁴⁸ Hoewel de stelling prikkelend is bedoeld – de auteur ziet zowel voor- als nadelen⁹⁴⁹ –, ligt een vergoeding van de betreffende kosten door de overheid niet in de rede. Particuliere rechercheurs dienen primair het belang van de partij die hen inhuurt. De 'behartiging van het algemene belang' kan een neveneffect van het handelen van particuliere rechercheurs zijn, maar levert in mijn ogen geen grond op voor het vergoeden van de gemaakte kosten door de overheid. Daarvoor is de bijdrage van particuliere rechercheurs te onbepaald. Wel klinkt in het aangehaalde citaat van Borgers de rol die particuliere sector kan hebben in de opsporing door. Deze rol wordt in het navolgende belicht. De nadruk ligt daarbij op particulier onderzoek dat onder het bereik van de Wet Particuliere beveiligingsorganisaties en Recherchebureaus valt. Dit brengt mee dat de bedrijfsrecherche en de forensische accountancy niet worden besproken, omdat deze wet zich in beginsel niet uitstrekt over deze categorieën van particulier onderzoek.⁹⁵⁰

3. Het Wetboek van Strafrecht

3.1 Inleiding

Waar het Wetboek van Strafvordering onder meer regels geeft omtrent de opsporing van strafbare feiten, het onderzoek ter terechtzitting en de tenuitvoerlegging, richt het Wetboek van Strafrecht zich op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van burgers en de daaraan te verbinden sancties.⁹⁵¹ Deze verdeling van thema's over beide wetboeken geeft op het eerste gezicht een heldere afbakening tussen de verschillende aspecten van het strafrecht. De realiteit is genuanceerder.⁹⁵² In het vorige hoofdstuk is gewezen

⁹⁴⁸ Noot van Borgers, nr. 9 bij HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7077, NJ 2008/468.

⁹⁴⁹ De annotator wijst op de mogelijkheid dat de vergoeding van dergelijke kosten door de overheid de groei van de particuliere recherche kan versterken. In het licht van de – nog later in dit hoofdstuk te bespreken – geringe juridische normering van de particuliere recherche, vraagt hij zich af of dit een wenselijke ontwikkeling is.

⁹⁵⁰ Zie nader *Kamerstukken II* 2008/09, 29 279, nr. 93, p. 6. Opmerking verdient dat ook met deze beroepsgroepen wordt samengewerkt in de opsporing. Zo wordt ter bestrijding van fraude in het netwerkplatform Institute for Financial Crime informatie gedeeld tussen (onder meer) forensische accountants en het Openbaar Ministerie.

⁹⁵¹ Zie nader Corstens & Borgers 2014, p. 7 en 8 en De Hullu 2015, p. 1 en 26-28.

⁹⁵² Vgl. Nijboer 1987, p. 18 en 19, die wijst op de regeling van verjaring, die, anders dan in Nederland, in veel landen in formeelrechtelijke strafwetboeken is neergelegd.

op de dwangmiddelen die aan burgers zijn toegekend, die volgens sommigen niet thuishoren in het Wetboek van Strafvordering.⁹⁵³ Fijnaut verbaast zich er daarentegen over dat in de literatuur weinig aandacht wordt besteed aan het verband tussen particulier recherchewerk en het Wetboek van Strafvordering.⁹⁵⁴ Duidelijk is dat het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Het strafproces is gericht op de juiste toepassing van het materiële strafrecht.⁹⁵⁵ Omgekeerd wordt het formele strafrecht op zijn beurt mede gestuurd door de regels van het Wetboek van Strafrecht. Zo is in het vorige hoofdstuk gewezen op de bevoegdheid tot aanhouding in een heterdaadsituatie, waarbij het niet onverwijd overdragen van de aangehoudene aan een opsporingsambtenaar kan leiden tot een veroordeling voor wederrechtelijke vrijheidsberoving.⁹⁵⁶ Voor burgeronderzoek komt het Wetboek van Strafrecht echter voornamelijk een eigen betekenis toe. Die betekenis is gelegen in de potentiële dreiging van strafvervolgning bij het overtreden van materieelrechtelijke bepalingen, waardoor – zo is de gedachte – onder meer voorkomen wordt dat een inbreuk wordt gemaakt op de gedragsnormen uit het Wetboek van Strafrecht.⁹⁵⁷ De hierbij relevante strafrechtelijke kaders worden in de volgende subparagrafen verkend.

3.2 Enkele aan de opsporing gerelateerde wetsartikelen

In beginsel begrenzen alle strafbaarstellingen uit het Wetboek van Strafrecht de toepassing van burgeronderzoek. Particulieren dienen zich aan de gedragsnormen van het materiële strafrecht te houden.⁹⁵⁸ Dit neemt niet weg dat er enkele bepalingen zijn aan te wijzen die verwantschap vertonen met de opsporingsmethoden van de politie. In de literatuur wordt vooral verwezen naar de in 1971 ingevoerde artikelen 139a-139g en 441b Sr en het in 2000 ingevoerde artikel 285b Sr.⁹⁵⁹ De genoemde artikelen hebben met elkaar gemeen dat zij de bescherming van de persoonlijke levenssfeer centraal stellen, wat ook een argument was voor de wetgever om deze bepalingen te introduceren.⁹⁶⁰

⁹⁵³ Hfd. 3 §2.2.

⁹⁵⁴ Fijnaut 2002, p. 695 en 696.

⁹⁵⁵ Zie onder meer Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 16.

⁹⁵⁶ Hfd. 3 §2.3.

⁹⁵⁷ Zie Kelk & De Jong 2013, p. 15-17 over de hier onder meer door Simons 1927, p. 86 en Binding 1965, p. 7-35 aangehouden normadressaat van de strafwet. Anders: Enschedé, Rüter & Stolwijk 1990, p. 7, die stellen dat materiële normen (rechtsnormen) niet tot het strafrecht behoren, omdat deze normen reeds in andere rechtsgebieden zijn neergelegd.

⁹⁵⁸ De enige uitzonderingen zijn de burgerinformant en de burgerinfiltrant, voor wie het plegen van strafbare feiten niet hoeft te zijn uitgesloten. Zie hfd. 3 §3.5.

⁹⁵⁹ Resp. Wet van 23 april 1971, *Stb.* 1971, 180 en Wet van 27 juni 2000, *Stb.* 2000, 282. Zie bijv. Schuijt 1996, p. 83; Kremer 2002, p. 7; Nuis e.a. 2004, p. 39; Pool 2006, p. 251 en 252 en Brinkhoff 2008, p. 71.

⁹⁶⁰ Zie *Kamerstukken II* 1967/68, 9 419, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 768, nr. 5, p. 2. Vgl. De Brauw 1965, p. 1 en 2, die reeds de vraag stelde of de 'nieuwsgierigheid' van 'onze mede-onderdanen' de wetgever moet nopen tot een wettelijke bescherming.

De regulering van burgeronderzoek lijkt daarbij geen leidend motief te zijn geweest. Toch wordt dit onderwerp in de memorie van toelichting aangestipt, wanneer daarin wordt opgemerkt dat de wet beoogt ‘het tegengaan van af luisteren [...] in het kader van het werk van speurders in ruime zin’.⁹⁶¹ In de literatuur wordt er ook, zij het voorzichtig, een koppeling gemaakt met het burgeronderzoek. Zo vestigt Gerbrandy de aandacht op banken die ter beveiliging een filmcamera gericht hebben op de kluis.⁹⁶² Indien dergelijke filmbeelden aan de politie worden overgedragen, leidt dat in zijn ogen tot juridische complicaties over de publicatie van het portret en de bruikbaarheid van het bewijs. Van Veen noemt als normadressaat van de artikelen 139a-139g en 441b Sr tevens particulieren, die met af luisterapparatuur informatie verzamelen voor hun cliënten.⁹⁶³ In dat geval zijn de artikelen 139a en 139b Sr van belang. Die artikelen stellen het af luisteren van respectievelijk binnen en buiten gevoerde gesprekken met een technisch hulpmiddel strafbaar. De strafbaarstelling van artikel 139c Sr is gericht op het met een technisch hulpmiddel aftappen en het opnemen van gegevens die worden verwerkt of overgedragen door middel van telecommunicatie of door middel van een geautomatiseerd werk. In de artikelen 139d en 139e Sr wordt het plaatsen, beschikbaar stellen, voorhanden hebben en doorgeven van af luisterapparatuur en gegevens strafbaar gesteld. Artikel 139f Sr houdt een verbod in voor het heimelijk fotograferen of filmen op een besloten plaats. Het openbaar maken van dergelijke afbeeldingen is op grond van artikel 139g Sr strafbaar gesteld. In artikel 441b Sr is een verbod met eenzelfde strekking als artikel 139f Sr opgenomen, maar dan toegespitst op een voor het publiek toegankelijke plaats. Tot slot is in artikel 285b Sr belaging (ook wel ‘stalking’ genoemd) strafbaar gesteld. Interessant is dat in artikel 285b Sv de term ‘stelselmatig’ als bestanddeel is opgenomen, welke term blijkens de memorie van toelichting dezelfde betekenis toekomt als in de Wet BOB.⁹⁶⁴ Toch wordt in de jurisprudentie waarde gehecht aan het eigen karakter van belaging. Zo acht de Hoge Raad bij dit bestanddeel, naast de standaardinvulling (gelet op de aard, de duur, etc.), ook ‘de omstandigheden waaronder deze hebben plaatsgevonden en de invloed daarvan op het persoonlijk leven en de persoonlijke vrijheid’ van het slachtoffer van belang.⁹⁶⁵ Het niet-heimelijke karakter van belaging komt hiermee tot uitdrukking, welk karakter in het kader van observatie en informatie-inwinning per definitie ontbreekt.⁹⁶⁶

⁹⁶¹ *Kamerstukken II* 1967/68, 9 419, nr. 3, p. 5.

⁹⁶² Gerbrandy 1968, p. 1100.

⁹⁶³ Van Veen 1968, p. 160.

⁹⁶⁴ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 768, nr. 5, p. 17. In *Handelingen II* 1998/99, 98, p. 5696 lijkt mede-indiener van het wetsvoorstel Dittrich het andere karakter van stelselmatig in de zin van de Wet BOB te onderkennen. Zie nader Van der Aa 2010, p. 82-85.

⁹⁶⁵ HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5710, r.o. 3.6.2, *NJ* 2004/426 m.nt. de Jong.

⁹⁶⁶ Zie nader de noot van Reijntjes, nr. 2 bij HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4855, *NJ* 2013/395.

3.3 Beperkingen van de strafbaarheid

Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat de wetgever worstelde met de bovengenoemde strafbaarstellingen. Met name de grens tussen moreel afkeurenswaardig gedrag en het daadwerkelijk strafbaar stellen werd als problematisch ervaren. Dit heeft geleid tot bijzondere strafuitsluitingsgronden.⁹⁶⁷ Zo is het afluisteren van een gesprek niet strafbaar indien iemand een deelnemer aan het gesprek is, of indien de opname in opdracht van een deelnemer is gemaakt.⁹⁶⁸ Andere uitzonderingsgronden zijn te vinden in artikel 139c lid 2 Sr. Voor dit onderzoek is met name artikel 139c lid 2 sub 2 van betekenis.⁹⁶⁹ Deze bepaling opent de mogelijkheid voor de gerechtigde (in principe de abonnehouder⁹⁷⁰) tot het (laten) aftappen of opnemen van een voor de telecommunicatie gebezigde aansluiting, tenzij er sprake is van ‘kennelijk misbruik’. In de memorie van toelichting wordt het voorbeeld genoemd van een werkgever die ter controle van fraude de telefoon van zijn werknemers afluistert.⁹⁷¹ De interne controle tegen fraude billijkt in die situatie het afluisteren door (of in opdracht van) de werkgever. Het vereiste van ‘kennelijk misbruik’ houdt in dat het afluisteren een legitiem doel moet dienen; het louter uit nieuwsgierigheid afluisteren is dan ook niet toegestaan. Net als bij het heimelijk fotograferen en filmen moet er kenbaar worden gemaakt dat gesprekken kunnen worden opgenomen en kunnen worden afgeluisterd, hoewel – anders dan bij de artikelen 139f en 441b Sr – voor goed zichtbare geluidsinstallaties verwittiging niet vereist is.⁹⁷² Dit kenbaarheidsvereiste is van belang, omdat iemand dan weet dat hij zich niet in een situatie bevindt waarin hij onbevangen zichzelf kan zijn.⁹⁷³

Later is het woord ‘wederrechtelijk’ aan de artikelen 139f en 441b Sr toegevoegd, zodat de rechter de ruimte krijgt om een afweging te maken tussen verschillende grondrechten.⁹⁷⁴ Beoogd is bijvoorbeeld om het heimelijk filmen van een inbreker niet onder de strafbepaling te laten scharen, omdat in dat geval het wederrechtelijke

⁹⁶⁷ Zie nader Bogert 2005, p. 95-105.

⁹⁶⁸ Art. 139a lid 1 en 139b lid 1 Sr.

⁹⁶⁹ In art. 139c lid 2 sub 1 is een strafuitsluitingsgrond neergelegd die waarborgt dat signalen via de ether vrij zijn. Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21 551, nr. 3, p. 18. Artikel 139c lid 2 sub 3 Sr houdt eigenlijk drie strafuitsluitingsgronden in één in. Ten behoeve van de goede werking van het telecommunicatienetwerk, zoals het verhelpen van storingen, mogen gesprekken worden afgeluisterd. Als tweede en derde grond in dit artikelsub wordt verwezen naar de strafvordering en de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Daarmee wordt voorkomen dat bijvoorbeeld de politie in de rechtmatige uitoefening van haar bediening onder het bereik van de strafwet valt. Vgl. 126m Sv en artikel 25 Wiv 2002.

⁹⁷⁰ *Kamerstukken II* 1966/67, 8 911, nr. 3, p. 7.

⁹⁷¹ *Kamerstukken II* 1966/67, 8 911, nr. 3, p. 7 en *Kamerstukken II* 1967/68, 9 419, nr. 3, p. 7.

⁹⁷² *Kamerstukken II* 1967/68, 9 419, nr. 3, p. 7.

⁹⁷³ Zie reeds De Brauw 1965, p. 33 en 34.

⁹⁷⁴ Wet van 8 mei 2003, *Stb.* 2003, 198. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 6.

karakter ontbreekt.⁹⁷⁵ Voor het overige geeft de minister een beperkte reikwijdte aan het begrip wederrechtelijk, door bijvoorbeeld de stelling van de werkgeversorganisatie VNO-NCW dat een werkgever die onaangekondigd heimelijk cameraopnames maakt niet wederrechtelijk handelt, te verwerpen.⁹⁷⁶ De hierna nog te bespreken verhouding tussen de artikelen 8 en 10 EVRM in het kader van journalistiek werk valt wel onder de reikwijdte van dit artikel.⁹⁷⁷

3.4 Jurisprudentie

Er is weinig (gepubliceerde) strafrechtelijke jurisprudentie voorhanden over het gebruik van onderzoeksmethoden door particulieren. Een verklaring kan zijn dat de strafrechtelijke vervolging van burgeronderzoek geen prioriteit heeft, of dat er weinig aangifte wordt gedaan van onderzoek door particulieren. Ook zal meespelen dat het Openbaar Ministerie niet wil bijten in de hand die hem voedt, zodat voorkomen wordt dat burgers door een strafrechtelijke vervolging afgeschrikt worden om bij te dragen aan de opsporing.⁹⁷⁸ Feit is dat de onderzoekende burger door de behandelde uitzonderingsgronden die de reikwijdte van de artikelen 139a-139g, 285b en 441b Sr beperken, niet snel een strafbaar feit begaat. Zo beoogt de toevoeging van de term ‘wederrechtelijk’ aan artikel 285b Sr te voorkomen dat een al te opdringerige journalist onder de reikwijdte van dit artikel valt.⁹⁷⁹ In de strafrechtelijke jurisprudentie zijn veroordelingen van journalisten op grond van de voormelde bepalingen dan ook spaarzaam. Gewezen kan worden op de veroordeling van een onderzoeksjournalist voor het heimelijk filmen op een besloten plaats.⁹⁸⁰ De verdachte wilde hiermee aantonen dat de aangever zich schuldig maakte aan verboden wapenhandel. Volgens het hof had de journalist andere methoden kunnen aanwenden om de betreffende misstand aan de kaak te stellen en veroordeelde hem tot een geldboete van €1000. In dit arrest – en in het leeuwendeel van de jurisprudentie omtrent journalisten – speelde het in artikel 10 EVRM neergelegde recht op vrijheid van nieuwsgaring een wezenlijke

⁹⁷⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 13 en *Kamerstukken I* 2002/03, 27 732, nr. 57a, p. 3.

⁹⁷⁶ *Kamerstukken I* 2002/03, 27 732, nr. 57c, p. 2. Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 7.

⁹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 6.

⁹⁷⁸ Vgl. HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6346, *NJ* 2010/583 m.nt. Buruma over de vervolging van de klokkenluider die de bouwfraude aan het licht bracht. In de Eerste Kamer werd gesproken over het ‘dilemma’ tussen het ‘maatschappelijk belang dat mensen gaan melden’ en de strafvervolging die de melder boven zijn hoofd hangt. Zie *Handelingen I* 2015/16, 19, item 6, p. 30. Na terugverwijzing naar het Hof Amsterdam verzocht de advocaat-generaal bij het ressortsparket om het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk te verklaren. Daarbij wees hij onder meer op de rol van de verdachte ‘als klokkenluider in de Bouwfraude-affaire en het maatschappelijk belang dat daarmee gediend is geweest’. Het Hof Amsterdam 2 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4214 verklaarde daarop het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk.

⁹⁷⁹ *Kamerstukken I* 1999/00, 25 768, nr. 67a, p. 9.

⁹⁸⁰ Hof Leeuwarden 24 juli 2008, ECLI:NL:GHEE:2008:BD8528.

rol. De vraag speelt of dit artikel in het kader van de nieuwsgaring bescherming biedt tegen een strafrechtelijke veroordeling, of dat journalisten in dezelfde mate als andere burgers gebonden zijn aan de strafwet.

Het in artikel 10 EVRM beschermde recht op nieuwsgaring is volgens het Straatsburgse Hof een ‘essential preparatory step in journalism and is an inherent, protected part of press freedom’.⁹⁸¹ Deze persvrijheid wordt door het Hof onder meer gekoesterd vanwege de instigerende rol van de journalistiek in het publieke debat en de daarmee samenhangende verwezenlijking van de kern van een democratische samenleving, te weten een vrij politiek debat.⁹⁸² Betoogd kan worden dat een strafrechtelijke veroordeling de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken inperkt, aangezien hiervan een zogenaamd ‘chilling effect’ kan uitgaan.⁹⁸³ Juridisch speelt dan ook de vraag of een dergelijke overheidsinmenging past binnen de reikwijdte van de beperkingsgronden uit artikel 10 lid 2 EVRM. Het EHRM heeft zich over deze vraag uitgesproken. Twee Deense journalisten hadden in het kader van een reportage illegaal vuurwerk aangeschaft. Daarmee wilden zij onder andere het gemak waarmee dit vuurwerk kan worden aangeschaft aantonen. Voor het vervoeren zonder licentie en het gevaar dat aan het transporteren verbonden was, kregen zij een geldboete. Het EHRM moest oordelen of artikel 10 EVRM in de weg stond aan een strafrechtelijke veroordeling. Dat was volgens het Hof niet het geval, daar een ‘journalist cannot, in principle, be released from their duty to obey the ordinary criminal law on the basis that Article 10 affords them protection’.⁹⁸⁴ Journalisten zijn gebonden aan de strafwet. Door de toevoeging van de woorden ‘in principle’ is het desondanks niet uitgesloten dat de vervolging en veroordeling van journalisten in strijd kan zijn met artikel 10 EVRM. Met Dommering kan evenwel gesteld worden dat hiervan niet snel sprake is.⁹⁸⁵ De uitzonderingsgrond lijkt in te houden dat indien het maatschappelijk belang het handelen van de journalist rechtvaardigt en er geen alternatief voor de gebruikte methode is, de overtreding van de strafwet gelegitimeerd kan zijn.

⁹⁸¹ Zie bijv. EHRM 31 juli 2012, 45835/05, r.o. 68, *EHRC 2012/216 m.nt. Woltjer (Shapovalov/Oekraïne)*. Vgl. EHRM 26 november 1991, 13585/88, r.o. 60 (*Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 7 december 1976, 5493/72, r.o. 49 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

⁹⁸² Zie bijv. EHRM 23 april 1992, 11798/85, r.o. 43, *NJ 1994/102 m.nt. Dommering (Castells/Spanje)*.

⁹⁸³ Vgl. EHRM 14 september 2011, 38224/03, *NJ 2011/230 m.nt. Dommering & Schalken (Sanoma Uitgevers/Nederland)*.

⁹⁸⁴ EHRM 24 mei 2011, 22918/08, *NJ 2012/39 m.nt. Dommering (Mikkelsen & Christensen/Denemarken)*. Eerder had het EHRM in gelijke bewoordingen dit standpunt ingenomen, maar die zaak onderscheidde zich van de Deense zaak, omdat het ging over het aantonen van een maatschappelijk misstand en niet over vermeende strafbare feiten. Zie EHRM 21 januari 1999, 29183/95, *NJ 1999/713 m.nt. Dommering (Fressoz & Roire/Frankrijk)*. Vgl. HR 27 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0180, *NJ 1995/711*; EHRM 25 april 2007, 77551/01, *NJ 2007/126 m.nt. Dommering (Dammann/Zwitserland)* en EHRM 10 december 2007, 69698/01 (*Stoll/Zwitserland*).

⁹⁸⁵ Zie de noot van Dommering, nr. 3 bij EHRM 24 mei 2011, 22918/08, *NJ 2012/39 (Mikkelsen & Christensen/Denemarken)*.

Het voorgaande neemt niet weg dat volgens het EHRM behoedzaam moet worden omgegaan met strafrechtelijke veroordelingen van journalisten. Het Straatsburgse Hof biedt bescherming tegen het – nevenschikte⁹⁸⁶ – ontvangen en verstrekken van informatie. Zo zijn journalisten gebonden aan bepaalde grenzen, onder meer ten aanzien van de bescherming van de reputatie van anderen en het voorkomen dat het recht op een eerlijk proces van de verdachte in een strafproces wordt geschaad, maar is het publieke debat gebaat bij het verstrekken van informatie door journalisten.⁹⁸⁷ Het vergaren van informatie door journalisten kan ook onder de bescherming van artikel 10 EVRM vallen. Zo heeft de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten al meermalen tot een veroordeling uit Straatsburg geleid.⁹⁸⁸ Daarnaast kan er op worden gewezen dat politie en justitie een eigen verantwoordelijkheid dragen voor de afscherming van opsporingsinformatie. Zo werd de veroordeling van de journalist Dammann strijdig met artikel 10 EVRM geacht. Deze journalist deed onderzoek naar een bankroof, waarvoor hij een administratief medewerker benaderde om achter strafrechtelijke antecedenen te komen. Dit leverde hem een veroordeling op voor het (onder meer) een ander aanzetten tot het schenden van zijn beroepsgeheim. Het EHRM oordeelde, conform eerdere jurisprudentie, dat deze informatie ook op andere wijze te verkrijgen was, waardoor de gegevens niet als strikt vertrouwelijk moesten worden beschouwd.⁹⁸⁹ Van belang is de overweging van het EHRM die betrekking heeft op het verweer van de overheid dat er sprake was van vertrouwelijke gegevens: ‘Elle estime au contraire qu’il appartient aux Etats d’organiser leurs services et de former leurs agents de sorte qu’aucun renseignement ne soit divulgué concernant des données considérées comme confidentielles. Ainsi, le gouvernement défendeur assume, en l’espèce, une partie importante de la responsabilité pour l’indiscrétion commise par l’assistante du parquet du canton de Zurich.’⁹⁹⁰ De eigen verantwoordelijkheid van de Staat voor het vertrouwelijk houden van documenten wordt in deze overweging benadrukt. Het Hof oordeelde uiteindelijk dat artikel 10 EVRM geschonden was.

⁹⁸⁶ Zie bijv. EHRM 29 april 2014, 23605/09, r.o. 46 (*Salumäki/Finland*).

⁹⁸⁷ Zie bijv. EHRM 8 juli 1986, 9815/82, NJ 1987/901 m.nt. Alkema (*Lingens/Oostenrijk*); EHRM 29 augustus 1997, 83/1996/702/894, NJ 1999/710 m.nt. Dommering (*Worm/Oostenrijk*); EHRM 24 november 2005, 53886/00, NJ 2006/250 m.nt. Peters (*Tourancheau/Frankrijk*) en EHRM 29 maart 2016, 56925/08, EHRC 2016/147 m.nt. De Lange (*Bédet/Zwitserland*).

⁹⁸⁸ Zie bijv. EHRM 27 maart 1996, 16/1994/463/544, NJ 1996/577 m.nt. Dommering (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 22 november 2007, 64752/01, EHRC 2008/20 m.nt. Nieuwenhuis (*Voskuil/Nederland*) en EHRM 21 maart 2009, 38224/03, NJ 2009/450 m.nt. Dommering (*Sanoma Uitgevers/Nederland*), gevolgd door EHRM 14 september 2011, 38224/03, NJ 2011/230 m.nt. Dommering & Schalken (*Sanoma Uitgevers/Nederland*). Vgl. EHRM 22 november 2012, 12/02173, NJ 2013/252 m.nt. Dommering (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media e.a./Nederland*), waarin de toepassing van de Wiv 2002 tot een schending van art. 10 EVRM leidde. Uit HR 31 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:768 volgt dat de journalistieke bron zich niet kan beroepen op de bescherming die journalisten op grond van het EHRM geniet.

⁹⁸⁹ Vgl. EHRM 9 februari 1995, 16616/90, r.o. 41 (*Vereniging Weekblad Bluf!/Nederland*) en EHRM 21 januari 1999, 29183/95, r.o. 46, NJ 1999/713 m.nt. Dommering (*Fressoz & Roire/Frankrijk*).

⁹⁹⁰ EHRM 25 april 2007, 77551/01, NJ 2007/126 m.nt. Dommering (*Dammann/Zwitserland*).

De voorgaande bespreking laat zien dat het EHRM veel waarde hecht aan de maatschappelijke rol die journalisten vervullen. Desondanks blijkt uit de jurisprudentie dat de grenzen van artikel 10 EVRM snel in beeld komen bij het overtreden van strafbepalingen. Dit lijkt ook de lijn te zijn die de Hoge Raad aanhoudt. Zo was een journalist van het televisieprogramma ‘Undercover in Nederland’ strafrechtelijk vervolgd voor het vervalsen van een toegangspas tot Schiphol. Met verwijzing naar artikel 10 EVRM had het gerechtshof de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging. De Hoge Raad oordeelde daarentegen dat de journalist in dit geval niet de bescherming die artikel 10 EVRM biedt toekwam.⁹⁹¹ Daarbij hield de Hoge Raad vast aan de toetsingscriteria van het EHRM. Als startpunt heeft te gelden dat – conform artikel 10 lid 2 EVRM – een journalist ‘plichten en verantwoordelijkheden’ heeft, die bij een beroep op het recht op vrije nieuwsgaring moeten worden meegewogen. Vervolgens zal voldaan moeten zijn aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. In het bijzonder dient ‘de ernst van de inbreuk op de rechtsorde door overtreding van de strafrechtelijke norm, gelet op het belang van het geschonden voorschrift, te worden afgewogen tegen het maatschappelijk belang van de door het bewezenverklaarde feit voorbereide openbaarmaking, het daadwerkelijke nadeel dat door het bewezenverklaarde feit is ontstaan en de mate waarin de openbaarmaking daadwerkelijk op andere wijze had kunnen worden voorbereid’. De Hoge Raad komt tot het oordeel dat ofwel het hof deze maatstaf heeft miskend door enkel de opvatting van de verdachte over de geschiktheid van het ingezette middel van belang te achten, ofwel onvoldoende duidelijk heeft gemaakt waarom de journalist niet een minder vergaande methode kon toepassen om zijn doel te bereiken. Op grond hiervan vernietigde de Hoge Raad de uitspraak van het hof. Na de terugverwijzing nam het hof geen schending van artikel 10 EVRM aan, welk oordeel de Hoge Raad in stand liet.⁹⁹²

In deze benadering van de Hoge Raad klinkt door dat de door het EHRM gecreëerde ruimte om een strafrechtelijke veroordeling als een ontoelaatbare inperking van de vrijheid van nieuwsgaring te typeren, niet te ruim moet worden opgevat. Ook in eerdere jurisprudentie legt de Hoge Raad de lat voor journalisten wat betreft de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit hoog.⁹⁹³ Dat de bescherming die artikel 10 EVRM kan bieden tegen een strafrechtelijke veroordeling desondanks geen papieren werkelijkheid is, laat de sepotbeslissing inzake een aangifte van fraude

⁹⁹¹ HR 26 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3752, *NJ* 2013/294 m.nt. Dommering.

⁹⁹² Hof Den Haag 4 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:620 en HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3057. In HR (concl. A-G Vellinga) 13 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1209, nr. 24-32 nam A-G Vellinga het standpunt in dat het vervalsen van de toegangspas een zelfstandige betekenis toekwam, waarbij het hof onvoldoende blijkt heeft gegeven van alternatieven voor het vervalsen. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.5.4 dat het hof hieraan geen doorslaggevende betekenis hoefde toe te kennen, onder meer omdat het deze stellingname niet zonder meer hoefde te aanvaarden.

⁹⁹³ Zie bijv. HR 27 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0180, *NJ* 1995/711. Zie Schuijt 2006, p. 76-78 voor een kritische bespreking van dit arrest.

met OV-chipkaarten zien.⁹⁹⁴ De vervolging van een journalist, die met het reizen van vervalste OV-chipkaarten de gebrekkige beveiliging van deze kaart wilde aantonen, werd door het Openbaar Ministerie niet opportuun gevonden. Aan de hand van het voormelde toetsingskader, kwam de officier van justitie tot het oordeel dat de verdachte binnen de grenzen van het toelaatbare was gebleven. Desondanks blijft de positie van een journalist die een strafbaar feit pleegt delicaat. Zo leidde de bewuste publicatie tot veel publieke en politieke aandacht. Hieruit kon worden afgeleid dat het betreffende onderwerp van algemeen belang was. Maar het is de vraag of de sepotbeslissing hetzelfde was uitgevallen indien de bevindingen van de journalist niet tot deze aandacht hadden geleid. In dat geval kan worden betwijfeld of het algemeen belang gediend was met de publicatie. Bovendien had de betreffende journalist eerder gepubliceerd over de gebrekkige beveiliging van de kaart. Het uitblijven van een politieke en maatschappelijke reactie op deze artikelen, had de journalist ook kunnen opvatten als een signaal dat vergaande onderzoeksmethoden niet in verhouding stonden met de betreffende misstand. Een journalist zal dus vooraf moeten oordelen of het maatschappelijk belang zijn handelen rechtvaardigt. In dit oordeel ligt een zekere mate van onzekerheid besloten, waarbij een verkeerde inschatting tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden. Desalniettemin toont de voormelde sepotbeslissing aan dat journalisten in voorkomende gevallen met vrucht een beroep op artikel 10 EVRM kunnen doen.

De bescherming die journalisten genieten, geeft hen de benodigde speelruimte om onderzoek te verrichten. Dergelijk onderzoek kan relevant zijn voor de opsporing.⁹⁹⁵ Daar staat tegenover dat journalisten de bescherming van artikel 10 EVRM ook kunnen invoeren, indien hun handelen niet in het belang is van de opsporing. Dit werd bijvoorbeeld zichtbaar in de strafzaak tegen een onderzoeksjournalist, die onder meer vervolgd werd voor het in artikel 139e sub 2 Sr strafbaar gestelde opzettelijk aan een ander bekendmaken van door middel van aftappen verkregen gegevens.⁹⁹⁶ In een tv-programma had de journalist aandacht besteed aan informatie die hem was toegespeeld. Deze informatie betrof onder andere een afgeluisterd gesprek tussen twee rechercheurs en vertrouwelijke informatie over een officier van justitie. De stelling van de verdediging dat het Openbaar Ministerie op grond van artikel 10 EVRM niet-ontvankelijk moest worden verklaard werd door de rechtbank afgewezen, omdat aan de voorwaarden van artikel 10 lid 2 EVRM die een beperking van de vrijheid van nieuwsgaring kunnen rechtvaardigen was voldaan. Desalniettemin werd de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging, mede omdat het de rechtbank niet was gebleken dat de uitzending voor de betreffende officier of de afgeluisterde rechercheurs nadelige

⁹⁹⁴ Afdoeningsbeslissing in de zaak 09Device, parketnr. 16/710664-11 (niet gepubl.).

⁹⁹⁵ Aldus ook Buruma 2008a, p. 42 en 43.

⁹⁹⁶ Rb. Amsterdam 2 januari 1996, *Mediaforum* 1996, 2, p. B32.

gevolgen heeft gehad. Juridisch bezien is deze zaak minder van belang – het EHRM had zich nog niet uitgesproken over de reikwijdte van artikel 10 EVRM –, maar deze uitspraak illustreert hoe het werk van journalisten kan botsen met de belangen van de opsporing.

De verhouding tussen opsporing en journalistiek kan ook onder druk komen te staan indien getracht wordt een vermeende rechterlijke dwaling aan het licht te brengen. Illustratief is de veroordeling van een bekende opiniepeiler voor zijn uitlatingen omtrent de zogenoemde ‘Deventer moordzaak’.⁹⁹⁷ In verschillende media had de verdachte persoon X – en niet de veroordeelde Y – als ‘moordenaar’ aangewezen. Het Hof Amsterdam had naar aanleiding hiervan de verdachte voor smaad veroordeeld. In cassatie stond onder meer de vraag centraal of de gewraakte uitlatingen onder het bereik van artikel 10 EVRM vielen. De Hoge Raad benadrukte het belang van de verdachte om zich kritisch uit te laten over het handelen van politie en justitie. Daartegenover staat echter het belang van een gewone burger om te worden beschermd tegen herhaalde beschuldigingen van een ernstig misdrijf. Naar het oordeel van de Hoge Raad valt de afweging van deze belangen in dit geval in het voordeel van het laatste belang uit. Bij dat oordeel werd meegewogen het verschil in maatschappelijke positie (een bekende Nederlander enerzijds en een gewone burger anderzijds) en de scherpste van de bewoordingen (er bestonden alternatieven ‘voor de scherpe en op de persoon van de aangevers gerichte formulering waarin de verdachte zijn kritiek op politie en justitie heeft vervat’). Dat er een publiek debat bestond over de moordzaak leidde niet tot een ander oordeel. Zodoende stond een veroordeling voor smaad niet op gespannen voet met artikel 10 EVRM. Wel oordeelde de Hoge Raad dat de strafuitsluitingsgrond van artikel 261 lid 3 Sr (strafbaarheid van smaad is onder andere uitgesloten indien de verdachte te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het ten laste gelegde waar was en dat het algemeen belang de telastlegging eiste) een zelfstandige betekenis toekomt naast artikel 10 EVRM. De verdachte kwam een beroep op dit artikel echter niet toe, omdat hij zelf niet verwachtte dat persoon X veroordeeld zou kunnen worden op basis van zijn verzamelde materiaal en er ‘desondanks voor heeft gekozen om telkens formuleringen te bezigen waarbij hij zegt dat aangever de moordenaar is dan wel dat hij overtuigd is van zijn daderschap’.⁹⁹⁸

Het gros van de strafrechtelijke jurisprudentie die verband houdt met burgeronderzoek heeft, zoals gezegd, betrekking op onderzoeksjournalistiek. Opvallend is dat er voor het overige weinig jurisprudentie bestaat. In het kader van de particuliere recherche merkt Kremer op dat het maar de vraag is of het onrechtmatig handelen van

⁹⁹⁷ HR 14 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BPo287, NJ 2011/504 m.nt. Dommering.

⁹⁹⁸ HR 14 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BPo287, r.o. 7.3, NJ 2011/504 m.nt. Dommering.

particuliere rechercheurs boven water komt.⁹⁹⁹ Brinkhoff stelt dat strafrechtelijke vervolgingen ‘simpelweg niet voorkomen’.¹⁰⁰⁰ Toch bestaat er spaarzame rechtspraak over vervolgingen van (medewerkers van) particuliere recherchebureaus. Zo moest de eigenaar van een particulier onderzoeksbureau zich voor de Rechtbank Utrecht verantwoorden.¹⁰⁰¹ Deze persoon deed in opdracht van verzekeringsmaatschappijen onderzoek naar gestolen auto’s. Deze verzekeringsmaatschappijen gaven hiervoor een beloning. Bij één maatschappij bestond een sterk vermoeden dat de auto’s die door de verdachte werden geleverd, enkel gestolen waren om de beloning te incasseren. Dit leidde uiteindelijk tot een veroordeling voor opzetheling van de eigenaar van het onderzoeksbureau.¹⁰⁰² In 2004 werden de leidinggevenden van een ander onderzoeksbureau vervolgd voor onder meer oplichting. Het bureau had aan iemand de opdracht gegeven om veelal vertrouwelijke gegevens te vergaren. Deze opdracht werd op onoorbare wijze uitgevoerd. Na een veroordeling in eerste aanleg, leidde de vervolging uiteindelijk tot een vrijspraak in hoger beroep. Van medeplegen van oplichting kon volgens het hof geen sprake zijn, omdat de persoon die het onderzoek daadwerkelijk had uitgevoerd ter terechtzitting verklaarde dat hij zijn opdrachtgevers niet informeerde over zijn methoden.¹⁰⁰³ Deze casus leidde tot Kamervragen over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van particuliere recherchebureaus en hun opdrachtgevers. De ministers van Veiligheid en Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties stelden dat een strafrechtelijke vervolging niet uitgesloten is, maar dat een vervolging veelal stuit op het vergaren van voldoende strafrechtelijk bewijs en een beroep van de opdrachtgevers op hun status als geheimhouder.¹⁰⁰⁴ De primaire verantwoordelijkheid voor de manier van informatievergaring ligt volgens de ministers bij het particuliere recherchebureau.¹⁰⁰⁵ Dat een (succesvolle) strafrechtelijke vervolging van de opdrachtgever desondanks niet is uitgesloten, bewijst de veroordeling van de gemeente Spijkenisse voor het ophangen van verborgen camera’s bij verschillende wijk- en jongerencentra.¹⁰⁰⁶ Om onderzoek te doen naar (niet nader omschreven) misdragingen, had de gemeente een particulier recherchebureau ingeschakeld om heimelijk cameraopnames te maken. De gemeente had daarbij niet aan het in artikel 139f Sr genoemde kenbaarheidsvereiste voldaan. De rechter rekende de gemeente

⁹⁹⁹ Kremer 2002, p. 11.

¹⁰⁰⁰ Brinkhoff 2011, p. 65.

¹⁰⁰¹ Rb. Utrecht 3 december 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AN9339.

¹⁰⁰² Art. 417 Sr.

¹⁰⁰³ Hof Den Haag 24 december 2008 (niet gepubl.) Zie voor de eerste aanleg Rb. Den Haag 29 september 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AR2973; AR2978 en AR2979. De betreffende feitelijk uitvoerder van het onderzoek was eerder veroordeeld voor oplichting. Zie Rb. Den Haag 9 oktober 2003 (niet gepubl.). Kenbaar uit *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 162.

¹⁰⁰⁴ *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 162, p. 3 en 4.

¹⁰⁰⁵ *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 162, p. 5 en *Kamerstukken II* 2008/09, 29 279, nr. 93, p. 7.

¹⁰⁰⁶ Rb. Rotterdam 14 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0274.

aan dat zij niet bij de politie of bij justitie advies had ingewonnen. Zij overwoog dat ‘het zich zonder meer wenden tot een in elk geval op commerciële basis opererend onderzoeksbureau behelst dat de verdachte publiekrechtelijke rechtspersoon specifieke publieke verantwoordelijkheden als overheidsorgaan laat uitvoeren door een privaatrechtelijke organisatie, die ongeacht haar kwaliteiten, uiteindelijk wel een organisatie is die gericht is op winst oogmerk en niet behoort te worden belast met taken, die mede gericht zijn op handhaving van overheidsgezag’.¹⁰⁰⁷ De rechtbank is daarmee kritisch over het in zee gaan met een particulier recherchebureau, voornamelijk omdat de gemeente haar huishouding heeft laten prevaleren boven de normen van het Wetboek van Strafrecht en daarmee het risico heeft aanvaard dat de gemeente als ‘mede-uitvoerder van het overheidsgezag’ dat gezag ‘in haar geheel blameert’. De gemeente werd veroordeeld tot een voorwaardelijke geldboete.

3.5 Conclusie

De beperkte jurisprudentie noopt tot terughoudende conclusies over de verhouding tussen het Wetboek van Strafrecht en het burgeronderzoek. Het Wetboek van Strafrecht heeft, anders dan zijn formele pendant, niet als primaire doelstelling om (bijdragen aan) de opsporing te normeren. De verhouding tussen een burger die zelfstandig bijdraagt aan de opsporing en het Wetboek van Strafrecht is in die zin niet anders dan de verhouding tussen een willekeurige andere burger en het strafrechtelijke wetboek. Wel geeft het wetboek een strafrechtelijke normering van de onderzoekshandelingen die particulieren kunnen verrichten. Daarbij kan worden opgemerkt dat het Wetboek van Strafrecht niet in de weg staat aan een ondersteunende rol voor de burger in de opsporing. Zo is het onder omstandigheden niet strafbaar om gesprekken op te nemen, of om heimelijk te filmen. De onderzoekende burger heeft dan ook niet snel iets te duchten van politie en justitie, mits zij zich uiteraard binnen de – ruime – grenzen van de strafwet begeven. Voor journalisten kunnen deze grenzen zelfs nog worden opgerekt. Uit de jurisprudentie komt naar voren dat journalisten gebonden zijn aan de strafwet, maar dat een vervolging en veroordeling in strijd kan zijn met artikel 10 EVRM.

¹⁰⁰⁷ Vgl. in een bestuursrechtelijke context CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, AB 2014/422 m.nt. Bröring, waarin over de uitoefening van de controle op bijstandsfraude door particuliere onderzoeksbureaus werd geoordeeld dat dit ‘onmiskkenbaar werkzaamheden [zijn, EM] die vallen onder de kerntaken die binnen het publieke domein dienen te worden uitgevoerd en dus niet mogen worden uitbesteed aan een privaat bedrijf’ en CRvB 2 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4192, AB 2016/77 m.nt. Bröring, waarin art. 1.5 Wsf 2000 een voldoende wettelijke grondslag bood om werknemers van een private partij te belasten met een onderzoek naar het recht van studenten op een uitwonendenbeurs. Vgl. ook Hof Arnhem 13 augustus 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7320 over de controle op de permanente bewoning van recreatiewoningen door een particulier onderzoeksbureau. Het gevorderde verbod op het observeren van deze woningen en de vordering tot het verwijderen van de reeds vergaarde gegevens werden afgewezen.

De strenge proportionaliteits- en subsidiariteitsgrenzen die de Hoge Raad in navolging van het EHRM hiervoor aanhoudt, geven echter weinig ruimte voor afwijkingen op de hoofdregel. De in acht genomen zorgvuldigheid, het maatschappelijk belang dat gediend is bij de publicatie en de vraag in welke mate van vertrouwelijkheid van de door een journalist verkregen informatie zijn belangrijke gezichtspunten bij de bescherming die een journalist op grond van artikel 10 EVRM geniet. De bescherming van artikel 10 EVRM kan ook ingeroepen worden om kritiek te uiten op opsporingsonderzoek. Wel toont de veroordeling van een bekende opiniepeiler aan dat de rechten van derden waarop de uitingen zijn gericht in het oog moeten worden gehouden. Daarnaast is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van particuliere recherchebureaus evenmin uitgesloten, al zijn er praktische en juridische problemen die vervolging bemoeilijken. De beperkte strafrechtelijke regulering maakt het aangewezen om te onderzoeken of uit het burgerlijk recht een duidelijkere normering valt af te leiden.

4. De onrechtmatige daad

4.1 Inleiding

Waar in het strafrecht scherp omlijnde wettelijke bepalingen zijn te vinden die de strafrechtelijke aansprakelijkheid afbakenen, kent het civiele recht geen limitatieve opsomming van onrechtmatige daden.¹⁰⁰⁸ De wetgever heeft gekozen voor één algemeen artikel, te weten artikel 6:162 BW, welk artikel de grondslag vormt voor een verbintenis tot het betalen van een schadevergoeding.¹⁰⁰⁹ Het verschil in benadering tussen beide rechtsgebieden kan worden teruggevoerd op de nagestreefde doeleinden en de achtergronden van het civiele - en het strafrecht. Zo staat in het strafrecht de verticale verhouding tussen de burger en de overheid centraal, terwijl het privaatrecht gericht is op de rechtssubjecten onderling. Daarbij is de rechtsbetrekking in het privaatrecht in beginsel omgeven met een grote mate van vrijheid voor de burger, welke vrijheid in het publiekrecht door de centrale rol voor de overheid meer is ingeperkt.¹⁰¹⁰ Daarnaast bevat het strafrecht een vergaand sanctiearsenaal, waarvoor het legaliteitsbeginsel een voorafgaande wettelijke bepaling gebiedt. In het burgerlijk recht noodzaakt het waarborgen van de belangen van burgers minder vergaande begrenzingsen, voornamelijk omdat de civielrechtelijke sancties minder ingrijpend

¹⁰⁰⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 6.

¹⁰⁰⁹ Kremer 1999, p. 95. Naast een recht op schadevergoeding kunnen er ook andere rechtsgevolgen verbonden worden aan een onrechtmatige daad, zoals een rectificatie (artikel 6:167 BW) of een verklaring voor recht (artikel 3:302 BW).

¹⁰¹⁰ Nehmelman & Noorlander 2013, p. 69.

zijn.¹⁰¹¹ Deze verschillen leiden er bijvoorbeeld toe dat een bezoeker van een café op grond van het overeenkomstenrecht (de bezoekersvoorwaarden) gefouilleerd kan worden door een beveiligder, zonder dat daartoe een concrete aanleiding bestaat. Een onderzoek aan kleding door opsporingsambtenaren vereist daarentegen veelal een bepaalde verdenkingsgraad.¹⁰¹² Anderzijds zal een burger zich moeten onderwerpen aan het onderzoek door de politie. De fouillering die gestoeld is op bezoekersvoorwaarden geschiedt daarentegen op basis van vrijwilligheid. Wel kan een weigering tot gevolg hebben dat de toegang wordt ontzegd, waardoor de bezoeker de medewerking aan de fouillering als een verplichting kan ervaren.

Ondanks deze verschillen, wijzen auteurs ook op de verwantschap tussen beide rechtsgebieden.¹⁰¹³ Zo wordt er in bepaalde artikelen uit het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering verwezen naar civielrechtelijke bepalingen¹⁰¹⁴ en zijn er onmiskenbare civielrechtelijke invloeden op het strafprocesrecht.¹⁰¹⁵ Daarnaast wordt via een kort geding procedure soms – met wisselend succes – getracht invloed uit te oefenen op de opsporing.¹⁰¹⁶ Andersom is het strafrecht niet zonder betekenis geweest voor het burgerlijke recht. Zo wijst Blok op het gegeven dat de eerder in dit hoofdstuk behandelde strafrechtelijke bepalingen die zien op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voorafgingen aan de rol van privacy in het burgerlijke recht.¹⁰¹⁷ Het recht op privacy heeft uiteindelijk, zo zal blijken, een duidelijke voet aan de grond gekregen in het civiele recht. Raakvlakken bestaan er ook tussen strafbare feiten en het leerstuk van de onrechtmatige daad. Het gaat in beide gevallen om normschendingen, waarbij volgens Franke de ‘ongewenste inbreuken op de maatschappelijke orde’ als gemene deler kunnen worden beschouwd.¹⁰¹⁸ De genoemde connexiteit komt in artikel 6:162

¹⁰¹¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 6 en Sieburgh 2003, p. 656-659.

¹⁰¹² Zie bijv. art. 56 lid 1 Sv. Zonder concrete verdenking kan in bepaalde gevallen gefouilleerd worden, bijvoorbeeld indien in de lokale APV veiligheidsrisicogebieden zijn aangewezen waarin de politie preventief mag fouilleren.

¹⁰¹³ Zie bijv. Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 22-28 en Crijns 2010, p. 394-446 en 484-492.

¹⁰¹⁴ Zie art. 71, 77aa, 340-343, 389ter, 414, 447a, 469, 470a, en 474-476 Sr en art. 51a, 51c, 67, 94b-94d, 103, 119, 421, 574-576 en 592 Sv.

¹⁰¹⁵ Zie bijv. art. 51f Sv, waarin de voeging van het slachtoffer als benadeelde partij in het strafproces geregeld is. Vgl. het pleidooi van de Commissie Herooverweging Instrumentarium Rechtshandhaving voor de mogelijkheid tot het instellen van een actie uit onrechtmatige daad door het Openbaar Ministerie, zodat strafrechtelijke wetgeving gehandhaafd kan worden door het civielrechtelijk (kort) geding. Zie Commissie Herooverweging Instrumentarium Rechtshandhaving 1995, p. 94 en 95 en Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998, p. 138, waarin dit pleidooi wordt afgewezen.

¹⁰¹⁶ Zie bijv. Rb. Leeuwarden 10 november 2000, ECLI:NL:RBL EE:2000:AA8273, KG 2000/254, waarin geoordeeld werd dat het Openbaar Ministerie in alle redelijkheid had kunnen beslissen om geen grootschalig DNA-onderzoek in een moordzaak te houden en Hof Den Haag 21 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG0294, waarin de vordering tot nader onderzoek naar een graf in het kader van de ‘Deventer moordzaak’ werd toegewezen. Zie nader Mevis, Nan & Struijk 2015, p. 384-387.

¹⁰¹⁷ Blok 2002, p. 75.

¹⁰¹⁸ Franke 2009, p. 510.

BW mede naar voren, nu daarin een strijd met een wettelijke plicht als onrechtmatig wordt bestempeld. Daarmee kan een overtreding van een bepaling uit het Wetboek van Strafrecht als een onrechtmatige daad worden beschouwd.¹⁰¹⁹ Het is door dit ruime bereik van artikel 6:162 BW, dat deze bepaling in het kader van de normering van burgeronderzoek een spilfunctie wordt toegedicht. Een burger die meent dat burgeronderzoek jegens hem onrechtmatig is, zal een actie uit onrechtmatige daad moeten instellen. Daarvoor is vereist dat er voldaan wordt aan de voorwaarden om van een onrechtmatige daad te spreken, te weten de onrechtmatigheid, de toerekening, de schade, de causaliteit en de relativiteit. In de komende paragrafen zal er enkel aandacht besteed worden aan de eerste voorwaarde voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, te weten de onrechtmatigheid, omdat dit aspect van het civiele recht het meest verhelderende overzicht geeft voor het normatieve kader van burgeronderzoek.¹⁰²⁰

4.2 Een inbreuk op een recht

In artikel 6:162 BW wordt een inbreuk op een recht als eerste onrechtmatigheidsgrond genoemd. Deze grond ziet met name op inbreuken op persoonlijkheidsrechten, waarbij in het licht van de rol van de burger in de opsporing hoofdzakelijk gedacht moet worden aan een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.¹⁰²¹ Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is neergelegd in verschillende bepalingen.¹⁰²² Voor dit onderzoek wordt aansluiting gezocht bij artikel 8 EVRM, voornamelijk omdat dit artikel de meest concrete – en toegepaste – norm geeft. In dit artikel is het recht op respect voor het privéleven, het familie- en gezinsleven, de woning en de correspondentie neergelegd. Deze vier categorieën geven invulling aan het moeilijk te definiëren begrip privacy. Deze moeilijkheid is gelegen in verschillende factoren, zoals het feit dat het op zichzelf al diffuse begrip privacy naargelang de tijd verandert.¹⁰²³ Het EHRM heeft dan ook geen uitputtende omschrijving van artikel 8 EVRM gegeven, maar heeft volstaan met het aangeven van de contouren van dit recht. Zo werd de stelling dat alleen de ‘inner circle’ van iemands persoonlijke leven onder dit grondrecht valt als te beperkt verworpen.¹⁰²⁴ Privacy is een breed begrip en strekt zich ook uit over het professionele

¹⁰¹⁹ Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 615; Embregts 2003, p. 57; Verheij 2005, p. 33 en Bleichrodt 2010, p. 14. Daarmee is niet gezegd dat een strafbaar feit ook resulteert in een aanspraak uit onrechtmatige daad. Zo kan er bijvoorbeeld niet voldaan zijn aan de vereiste schade. Zie *Kamerstukken II* 1967/68, 9 419, nr. 3, p. 4; Sieburgh 2003, p. 658 en Verheij 2005, p. 33 en 34.

¹⁰²⁰ Zie ook Kremer 1999, p. 95-100; Embregts 2003, p. 56-60 en Nuis e.a. 2004, p. 41-44.

¹⁰²¹ Vgl. Kremer 1999, p. 68 die over de bewijsgaring door particulariseren in civiele zaken stelt dat ‘het in nagenoeg alle gevallen om het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer’ gaat.

¹⁰²² Zie bijv. art. 10 Gw, art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR.

¹⁰²³ Zie bijv. Nouwt & Voermans 1996 over de opkomst van internet en de daaraan gerelateerde vragen over privacy.

¹⁰²⁴ EHRM 16 december 1992, 13710/88, NJ 1993/400 m.nt. Dommering (*Niemietz/Duitsland*).

leven van iemand.¹⁰²⁵ De keerzijde hiervan is dat moeilijk is aan te geven wanneer er een inbreuk wordt gemaakt op iemands privéleven.¹⁰²⁶

De inbreuktoets uit het tweede lid van artikel 8 EVRM geeft inzicht in de reikwijdte van dit grondrecht. Hierin wordt gesproken over een ‘inmenging van enig openbaar gezag’ in de uitoefening van het betreffende recht. Dit inmengingscriterium impliceert dat het doel van artikel 8 EVRM ‘essentially’ het beschermen van het individu is tegen willekeurige inmenging van de overheid.¹⁰²⁷ Zo bezien is dit artikel voor burgeronderzoek, waarbij een directe verticale verhouding tussen de burger en de overheid ontbreekt, zonder betekenis. Toch kan van artikel 8 EVRM een normerende werking uitgaan in het privaatrecht. Onder omstandigheden rust er op de nationale autoriteiten een ‘positieve verplichting’ om de in het EVRM genoemde rechten te waarborgen, zodat bepaalde in het EVRM neergelegde rechten daadwerkelijk geëffectueerd kunnen worden. Voor artikel 8 EVRM heeft het EHRM vastgesteld dat ‘there may be positive obligations inherent in an effective “respect” for family life’.¹⁰²⁸ Aanvankelijk waren positieve verplichtingen gericht op de verticale verhouding tussen burger en overheid. Later zijn de positieve verplichtingen ook een ingang geworden voor de aanvaarding van horizontale werking van grondrechten in het privaatrecht, waarbij burgers ook onderling dergelijke rechten kunnen invoeren.¹⁰²⁹ In dat geval kan bij het EHRM geklaagd worden dat ‘de overheid heeft nagelaten om door middel van wetgeving, bestuur of rechtspraak op te treden tegen een handeling van een medeburger’.¹⁰³⁰ Aangezien het in Straatsburg nog steeds gaat om de verhouding tussen de overheid en de burger, verschiet in die gevallen de zaak ‘van kleur’.¹⁰³¹

De veronderstelde horizontale werking van grondrechten is niet zonder kritiek gebleven. Zo zou het oorspronkelijke publiekrechtelijke karakter zich niet goed verhouden met het karakter van het civiele recht.¹⁰³² De Schutter wijst er bijvoorbeeld op dat het niet realistisch is om het principe van legitimiteit door te trekken naar een horizontale verhouding. Een Staat zal beperkende maatregelen moeten stellen op legitieme doelen (de limitatief opgesomde doelen waarop de beperking van een

¹⁰²⁵ Zie onder meer EHRM 16 december 1992, 13710/88, NJ 1993/400 m.nt. Dommering (*Niemietz/Duitsland*); EHRM 25 juni 1997, 173/1996, NJ 1998/506 m.nt. Boon (*Halford/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 3 april 2007, 62617/00, NJ 2007/617 m.nt. Dommering (*Copland/Verenigd Koninkrijk*).

¹⁰²⁶ Zie bijv. de in hfd. 3 §3 besproken wettelijke regeling omtrent observatie, het sturen van informanten en infiltratie, waarbij toentertijd onduidelijkheid bestond of een wettelijke basis noodzakelijk was.

¹⁰²⁷ EHRM 23 juli 1968, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63 en 2126/64 (*Taal in educatie/België*).

¹⁰²⁸ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*).

¹⁰²⁹ EHRM 26 maart 1985, 8978/80, NJ 1985/525 m.nt. Alkema (*X & Y/Nederland*). Zie nader Van Dijk e.a. 2006, p. 28-32.

¹⁰³⁰ Nehmelman & Noorlander 2013, p. 55.

¹⁰³¹ Van Maanen 2011, p. 59.

¹⁰³² Zie nader De Vos 2010, m.n. p. 93.

grondrecht gebaseerd moet zijn), maar voor de verhouding tussen burgers onderling is een dergelijk beginsel, op enkele uitzonderingen na, van weinig waarde.¹⁰³³ Desondanks is het volgens Clapham vanwege de tendens om overheidstaken aan de private sector over te dragen – welke tendens ook zichtbaar is in de opsporing – verdedigbaar dat grondrechten een horizontale werking toekomen.¹⁰³⁴ Opmerking verdient dat de positieve verplichtingen betrekkelijk onbepaald zijn. Het zal van de weging van omstandigheden afhangen in welke mate een positieve verplichting bestaat. In Nederland is in het arrest over de Edamse bijstandmoeder met zoveel woorden bepaald dat artikel 8 EVRM horizontale werking toekomt.¹⁰³⁵ Bij dit arrest wordt in het kader van rechtvaardigingsgronden nog stilgestaan.

Vanwege de horizontale werking die van artikel 8 EVRM uit kan gaan, speelt dit artikel een rol bij de normering van burgeronderzoek. Zo staat Fijnaut met een beroep op artikel 8 EVRM afwijzend tegenover observatie- en infiltratieactiviteiten van particuliere recherchebureaus.¹⁰³⁶ Voor journalisten geldt de voornoemde horizontale werking ook; zij zullen het privé-leven van burgers moeten eerbiedigen. Eventuele inbreuken op artikel 8 EVRM door journalisten dienen echter te worden afgewogen tegen het recht op de vrijheid van nieuwsgaring. Het EHRM heeft over artikel 10 EVRM namelijk overwogen dat ‘dans certains cas, l’Etat a l’obligation positive de protéger le droit à la liberté d’expression contre des atteintes provenant même de personnes privées’.¹⁰³⁷ Concreet betekent dit bijvoorbeeld dat de Staat op grond van artikel 10 EVRM een positieve verplichting heeft om maatregelen te nemen om te voorkomen dat een krant door bedreigingen het zwijgen wordt opgelegd.¹⁰³⁸ Maar artikel 10 EVRM speelt ook een meer directe rol in de verhouding tussen journalist-burger. Hier wordt in §4.4 nader bij stilgestaan.

De horizontale werking van artikel 8 EVRM heeft niet tot uitgebreide jurisprudentie over de particuliere recherche geleid.¹⁰³⁹ Gewezen kan worden op de zaak Köpke tegen Duitsland, waarin een werkgever een particulier onderzoeksbureau in de arm had genomen om onregelmatigheden in de boekhouding te controleren.¹⁰⁴⁰ Er werd besloten om met een geheime camera opnames te maken. Op basis van deze observaties werd de caissière Köpke op staande voet ontslagen. Zij vocht dit ontslag aan bij de nationale rechter. Het EHRM moest zich uitspreken of de Staat een ‘fair balance’ had gevonden tussen het recht van privacy van de klager en de bescherming

¹⁰³³ De Schutter 2014, p. 465.

¹⁰³⁴ Clapham 1996, p. 124-126.

¹⁰³⁵ HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, NJ 1987/928 m.nt. Van der Alkema.

¹⁰³⁶ Fijnaut 1991, p. 83 en 84.

¹⁰³⁷ EHRM 29 februari 2000, 39293/98, r.o. 38 (*Fuentes Bobo/Spanje*).

¹⁰³⁸ EHRM 16 maart 2000, 23144/93 (*Ozgür Gunden/Turkije*).

¹⁰³⁹ Zie bijv. Rb. Haarlem 16 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3060.

¹⁰⁴⁰ EHRM 5 oktober 2010, 420/07, NJ 2011/566 m.nt. Dommering (*Köpke/Duitsland*).

van de eigendom van de werkgever. Een complicerende factor was dat er toentertijd in Duitsland wetgeving ontbrak waarin de voorwaarden voor cameratoezicht op de werkvloer waren neergelegd. Het Hof achtte van belang dat de Duitse rechters beperkingen hadden opgelegd aan het gebruik van cameratoezicht, waardoor het privéleven van werknemers op adequate wijze beschermd werd. Of de Duitse rechter bij de eerdergenoemde afweging een ‘fair balance’ had gevonden, werd door het EHRM beantwoord aan de hand van verschillende factoren, zoals de duur van opnames en het aantal personen dat de beelden heeft bekeken. Het Hof overwoog dat er geen andere middelen waren om de eigendom van de werkgever te beschermen. Alles afwegende achtte het Hof een ‘fair balance’ aanwezig tussen de voornoemde belangen. Wel benadrukte het EHRM dat deze afweging in de toekomst mogelijk anders uitvalt, mede doordat nieuwe, modernere technieken een grotere inbreuk kunnen maken op de privacy.

Het Straatsburgse Hof heeft zich vaker moeten uitspreken over observatiemethoden. Wat betreft video-opnames had het EHRM eerder overwogen dat beveiligingscamera’s op publieke plaatsen, maar ook in winkelcentra, op zichzelf geen inbreuk maken op artikel 8 EVRM.¹⁰⁴¹ Van belang hierbij is de ‘reasonable expectation of privacy’ die iemand heeft.¹⁰⁴² De Hoge Raad houdt een vergelijkbaar toetsingskader voor artikel 8 EVRM aan, te weten of de geobserveerde zich op een plaats bevindt waar hij ‘onbevangen zichzelf wilde zijn’.¹⁰⁴³ Zo kan iemand die zich in een winkelcentrum bevindt verwachten dat hij wordt gefilmd, mits het doel legitiem en voorzienbaar is.¹⁰⁴⁴ Daarmee is niet gezegd dat een burger in het openbare leven geen recht op privacy toekomt. Volgens het EHRM heeft iemand het recht op zijn eigen identiteit en zijn eigen persoonlijke ontwikkeling, en het recht om in de buitenwereld relaties met anderen aan te gaan en te ontwikkelen. Daarom is er ‘a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of “private life”’, aldus het EHRM.¹⁰⁴⁵ Zo achtte het Straatsburgse Hof het uitzenden van beelden van een door een gesloten camerasysteem geregistreerde poging tot zelfmoord ‘surpassing that which the applicant could possibly have foreseen’.¹⁰⁴⁶ Kortom, de *reasonable expectation*-formule is een significante, maar niet een doorslaggevende factor voor het EHRM om de reikwijdte van artikel 8 EVRM te bepalen.¹⁰⁴⁷ Dit sluit aan bij de analyse van Blok dat

¹⁰⁴¹ EHRM 14 januari 1998, 32200/96 en 32201/96 (*Herbecq & Association Ligue des droits de l’homme/België*); EHRM 25 september 2001, 44787/98, NJ 2003/670 m.nt. Dommering (PG. & J.H./Verenigd Koninkrijk) en EHRM 17 juli 2003, 63737/00, NJ 2006/40 m.nt. Dommering (Perry/Verenigd Koninkrijk).

¹⁰⁴² EHRM 25 juni 1997, 173/1996, NJ 1998/506 m.nt. Boon (*Halford/Verenigd Koninkrijk*).

¹⁰⁴³ Zie bijv. HR 19 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2510, NJ 1997/85 m.nt. Knigge en HR 20 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL8449, NJ 2004/525.

¹⁰⁴⁴ EHRM 17 juli 2003, 63737/00, NJ 2006/40 m.nt. Dommering (Perry/Verenigd Koninkrijk).

¹⁰⁴⁵ EHRM 2 september 2010, 35623/05, r.o. 43, EHRC 2010/11 (*Uzun/Duitsland*).

¹⁰⁴⁶ EHRM 28 januari 2003, 44647/98, r.o. 62, EHRC 2003/24 (*Peck/Verenigd Koninkrijk*).

¹⁰⁴⁷ EHRM 2 september 2010, 35623/05, EHRC 2010/11, r.o. 44 (*Uzun/Duitsland*).

de burger niet ‘vogelvrij is indien hij zijn persoonlijke levenssfeer verlaat’.¹⁰⁴⁸ Daarbij wijst hij op de leerstukken van onder meer het algemene persoonlijkheidsrecht en de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen, maar ook uit de hiervoor geciteerde overweging van het Hof blijkt de juistheid van zijn analyse.

Het voorgaande illustreert de rol die het internationale recht speelt bij de civielrechtelijke normering van onderzoeksmethoden. Evenzeer geldt, zoals Verhey reeds concludeerde in zijn dissertatie, dat ‘overheidsinmenging in horizontale rechtsbetrekkingen [...] onontkoombaar’ is.¹⁰⁴⁹ Het waarborgen van grondrechten in de verhouding tussen burgers vergt immers een actieve houding van de overheid, daar een passieve opstelling tot een Straatsburgse veroordeling kan leiden.¹⁰⁵⁰ Gebleken is dat de onrechtmatigheidsgrond ‘inbreuk op een recht’ in de zin van artikel 6:162 BW een ingang vormt voor de werking van het recht op privacy in horizontale verhoudingen. Zo werd het plaatsen door de gedaagde van af luisterapparatuur in een ventilatiekanaal bij de burens door de rechter geduid als het ‘binnen [...] dringen met oog of oor in de [...] privélevenssfeer’, waardoor ‘een aan de bewoner toekomend recht’ was aangetast.¹⁰⁵¹ Deze als onrechtmatig beschouwde inbreuk op de privacy van de woning, valt binnen het door Blok geduide klassieke domein waarbinnen het recht op privacy vooral bescherming geniet.¹⁰⁵² Buiten deze klassieke domeinen lijkt het recht op privacy minder snel met succes te kunnen worden ingeroepen. Zo constateert Pool dat rechtegedrag door werkgevers – in haar ogen onterecht – niet snel door rechters als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt gekwalificeerd.¹⁰⁵³ Als voorbeeld van onrechtmatige gedragingen in dit kader kan gewezen worden op een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden.¹⁰⁵⁴ Door een anonieme medewerker werd een e-mail rondgestuurd met aantijgingen over malversaties in een organisatie. Een particulier onderzoeksbureau deed op verzoek van deze organisatie onderzoek naar de herkomst van de e-mail. Daarbij werden onder meer laptops van enkele werknemers

¹⁰⁴⁸ Blok 2002, p. 112 en 113.

¹⁰⁴⁹ Verhey 1992, p. 412.

¹⁰⁵⁰ Vgl. EHRM 14 oktober 2010, 55164/08 (*A./Kroatie*), waarin de inzet van een privé-detective een rol speelde in het feitenrelaas rondom een schending van de positieve verplichtingen van de Staat inzake (onder meer) art. 8 EVRM.

¹⁰⁵¹ Rb. Breda 1 juni 1965, ECLI:NL:RBBRE:1965:AB6647, *NJ* 1965/337. Zie ook Verhey 1992, p. 234 en 235.

¹⁰⁵² Blok 2002, p. 112.

¹⁰⁵³ Pool 2014, p. 164.

¹⁰⁵⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:753. Zie voor een wat extreem voorbeeld van een inbreuk op de privacy door een recherchebureau Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2701. Een particulier recherchebureau verrichtte in het kader van een alimentatiekwestie onderzoek naar de ex-echtgenote van de opdrachtgever. Het vermoeden bestond dat deze ex-echtgenote geld verdiende via een escortbureau. Om dit vermoeden te bevestigen, schakelde het recherchebureau een pseudoklant in die contact moest leggen met deze ex-echtgenote. Vervolgens heeft deze pseudoklant daadwerkelijk de betreffende dienst afgenomen en hiervan gedetailleerd verslag gedaan. De rechtbank oordeelde onder meer op basis hiervan dat het particulier recherchebureau onrechtmatig jegens de ex-echtgenote heeft gehandeld.

onderzocht. Op één van de computers werd een voor privégebruik bedoeld document gevonden waarin een werknemer zich kritisch uitliet over het bedrijf. De betrokkenheid van deze persoon bij het verzenden van het e-mailbericht kon niet worden vastgesteld. Het betreffende bestand heeft het onderzoeksbureau overgedragen aan de werkgever. Volgens het hof heeft het recherchebureau zich hiermee onrechtmatig gedragen richting de betreffende werknemer, omdat de in artikel 8 aanhef en sub a Wbp voorgeschreven noodzakelijke toestemming voor het delen van deze informatie ontbrak. Uit het oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit had het onderzoeksbureau ook met minder ingrijpende onderzoeksmethoden kunnen volstaan, aldus het hof.

4.3 Strijd met een wettelijke plicht

Naast een inbreuk op een recht, wordt in artikel 6:162 BW een ‘doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht’ als onrechtmatigheidscategorie genoemd. Blijkens de wetsgeschiedenis wordt hieronder verstaan ‘iedere plicht, omschreven in een algemeen voorschrift dat bindt uit hoofde van zijn vaststelling of bekrachtiging door de algemene Nederlandse wetgever of een ander daartoe bevoegd Nederlands overheidsorgaan’.¹⁰⁵⁵ Zoals eerder is aangestipt, kan hieronder het plegen van een strafbaar feit vallen. Kremer wijst op de complicaties die kunnen optreden wanneer een civiele rechter bepalingen moet interpreteren en ‘toepassen’ die buiten de context vallen waarvoor de betreffende bepaling is geschreven.¹⁰⁵⁶ Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat de civiele rechter bij de overtreding van artikelen uit het Wetboek van Strafrecht er niet aan ontkomt om de betreffende bepalingen uit te leggen en toe te passen.

De complicaties die dit met zich kan brengen komen aan de oppervlakte in een vonnis van de Rechtbank Zutphen, waarin de grenzen van toelaatbare onderzoekshandelingen inzake een alimentatiekwestie worden verkend.¹⁰⁵⁷ Op grond van artikel 1:160 BW vervalt de verplichting tot levensonderhoud wanneer iemand is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd. In de betreffende casus had een man een particulier recherchebureau ingeschakeld om te onderzoeken of zijn onderhoudsplicht jegens zijn ex-echtgenote in stand moest worden gehouden.¹⁰⁵⁸ Ter uitvoering van deze opdracht

¹⁰⁵⁵ Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 615.

¹⁰⁵⁶ Kremer 1999, p. 96 en 97.

¹⁰⁵⁷ Rb. Zutphen 13 december 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY6138. Zie voor de civiele procedure inzake de alimentatie Rb. Midden-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY8781. Het rechercherapport werd daarin door de rechtbank toelaatbaar geacht als bewijs.

¹⁰⁵⁸ Vgl. Rb. Haarlem 16 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3060 die overweegt: ‘wanneer een alimentatiegerechtigde betwist dat er sprake is van een ‘samenleven met een ander als waren zij gehuwd’ [...], ontkomt de alimentatieplichtige – teneinde het bewijs van dat samenleven te kunnen leveren – bijna niet aan het (laten) observeren van de (woning van de) alimentatiegerechtigde en/of vermoedelijke nieuwe partner’.

had het particulier recherchebureau onder andere verborgen camera's geplaatst in de gemeenschappelijke hal van het appartementencomplex waar de vrouw woont en een *gps-tracking* systeem onder de auto van de vrouw gemonteerd. De rechtbank moest zich uitspreken over de (on)rechtmatigheid van deze onderzoekshandelingen. De rechter stelde bij de beoordeling – terecht – voorop dat het niet ging om opsporingsactiviteiten door de politie, maar om bewijsgaring door een particuliere rechercheur die net als iedere andere burger niet over bijzondere opsporingsbevoegdheden beschikt.¹⁰⁵⁹ Volgens de rechter waren de ingezette methoden disproportioneel en bovendien werden de grenzen van de wet overschreden. Zo werd het plaatsen van verborgen camera's als een overtreding van artikel 139f Sr geduid. In deze uitspraak verdient de (ongelukkige) formulering van de rechtbank over de vermeende onrechtmatigheid van de inzet van een *gps*-baken de aandacht. Bij de inzet van dit opsporingsmiddel door de politie is volgens de rechtbank toestemming van de rechter-commissaris vereist. Die stelling is reeds onjuist, omdat de toepassing van deze bevoegdheid uit artikel 126k lid 1 sub c of eventueel 126g lid 3 Sv plaatsvindt op bevel van de officier van justitie. Maar vervolgens stelt de rechter dat een gewone burger het 'dan ook niet toegestaan' is om een dergelijk middel in te zetten. Naar algemeen wordt aangenomen richt het Wetboek van Strafvordering zich op het handelen van de overheid.¹⁰⁶⁰ In dat wetboek is, behoudens de regeling van het burgerarrest, geen normering voor het burgeronderzoek neergelegd. Ook in het Wetboek van Strafrecht of in het civiele recht is geen steun te vinden voor het voornoemde uitgangspunt van de rechter. Burgers genieten juist een relatief grote mate van vrijheid bij het aanwenden van onderzoeksactiviteiten, mits zij zich – kort gezegd – onthouden van het plegen van een strafbaar feit of geen onrechtmatige daad begaan.¹⁰⁶¹ De stelling dat burgers gebonden zijn aan de bevoegdheden van opsporingsambtenaren, is dan ook onjuist. Voor het oordeel over de rechtmatigheid van de inzet van het *gps*-baken, had de rechtbank aansluiting kunnen zoeken bij de stelling van de eiseres. Zij legde een inbreuk op een recht ten grondslag aan haar vordering. Daar lijkt gezien het arrest Uzun tegen Duitsland ruimte toe te bestaan.¹⁰⁶² In dit arrest heeft het EHRM bepaald dat het gebruik van een *gps-tracker* onder omstandigheden een inbreuk op artikel 8 EVRM kan opleveren, ondanks het feit dat dit type observatie 'as a rule' een kleinere inbreuk op de privacy maakt dan andere observatiemethoden. Hoewel er verschillen bestaan tussen beide zaken – in het Uzun-arrest werd de *gps-tracker* drie maanden ingezet, terwijl in de alimentatiezaak

¹⁰⁵⁹ Kenmerkend aan deze zaak is dat het ging om een gewezen politieambtenaar. In de particuliere sector is een groot aantal oud-opsporingsambtenaren werkzaam. Om deze reden wordt wel eens gesproken van een 'old boys network'. Zie Hoogenboom 1988, p. 62 en 63; Fijnaut 2002, p. 694 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nr. 15.

¹⁰⁶⁰ Zie bijv. Bleichrodt 2010, p. 14 en 16.

¹⁰⁶¹ Knigge & Kwakman 2001, p. 268.

¹⁰⁶² EHRM 2 september 2010, 35623/05, *EHRC* 2010/11 (*Uzun/Duitsland*).

het gps-baken (waarschijnlijk) nog dezelfde dag werd ontdekt –, biedt de uitspraak van de rechtbank aanknopingspunten om een inbreuk op een recht te constateren. Daarbij kan aansluiting gezocht worden bij de verschillende gezichtspunten die het EHRM van belang acht bij het oordeel of de inzet van een gps-baken tot een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer leidt.¹⁰⁶³ Een eerste element is de *reasonable expectations*-leer. Als tweede element acht het EHRM het van belang of er sprake is van een compilatie van gegevens die in combinatie met andere gegevens herleidbaar is tot een identificeerbaar persoon. Als derde element noemt het EHRM de systematische of permanente opslag van gegevens. Tot slot achtte het EHRM het van belang of het gebruik van het verkregen materiaal verder reikt dan in het algemeen kon worden voorzien. Over de toepassing van elementen op de onderhavige zaak kan het volgende worden opgemerkt. Voor de eiser zal het niet voorzienbaar zijn geweest dat haar auto met een gps-baken werd gevolgd. Daarbij komt dat de rechtbank heeft vastgesteld dat de eiseres voor drie maanden langdurig en systematisch is geobserveerd. Het lijkt mij aannemelijk om te constateren dat de inzet van het gps-baken onderdeel was van de observaties, zodat geconstateerd kan worden dat de door het gps-baken vergaarde gegevens herleidbaar waren tot de eiseres. Hoewel een slag om de arm gehouden moet worden – de uitspraak van de rechtbank is erg beknopt –, zijn er mijns inziens voldoende aanknopingspunten om het gps-toezicht in deze zaak als een inbreuk als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer te duiden. Daarbij kan tevens gewezen worden op de (nog nader te bespreken) privacygedragscode particuliere onderzoeksbureaus. In deze gedragscode is de inzet van een gps-baken enkel toegestaan voor bedrijfsvoertuigen en privé-voertuigen die bedrijfsmatig gebruikt worden.¹⁰⁶⁴ Daarvan is in de onderhavige zaak geen sprake.

4.4 In strijd met de zorgvuldigheid

Als laatste categorie van onrechtmatigheid kan gewezen worden op ‘een doen of nalaten in strijd [...] met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. In tegenstelling tot de andere onrechtmatigheidsgronden, is er bij deze grond geen sprake van een strijd met geschreven, maar met ongeschreven rechtsnormen. Zonder het houvast van de wet of de positief geformuleerde subjectieve rechten, zal de rechter alle omstandigheden van het geval in ogenschouw moeten nemen.¹⁰⁶⁵ De normering die hieruit voortvloeit, is voornamelijk relevant voor de onderzoeksjournalistiek. Daarmee is niet gezegd dat de onderhavige zorgvuldigheidsnorm geen betekenis heeft voor het werk van particuliere

¹⁰⁶³ EHRM 2 september 2010, 35623/05, r.o. 44 en 45, *EHRC 2010/11 (Uzun/Duitsland)*.

¹⁰⁶⁴ §7.4 privacygedragscode particuliere recherchebureaus.

¹⁰⁶⁵ Kremer 1999, p. 99 en Embregts 2003, p. 58.

rechercheurs. Zo kan de inzet van een particulier recherchebureau in strijd zijn met de maatschappelijke betamelijkheid.¹⁰⁶⁶ Ook kunnen de onderzoekshandelingen in strijd komen met de noodzakelijke zorgvuldigheid.¹⁰⁶⁷ Maar het is vooral het werk van journalisten waarin de reikwijdte van deze onrechtmatigheidscategorie tot uitdrukking komt. In het bijzonder speelt de vraag wanneer een journalistieke publicatie in strijd komt met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid. Bij de beantwoording van die vraag zal de rechter zich moeten uitspreken over de botsing van de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) met – veelal – het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM). Daarbij is van belang dat het EHRM journalisten een democratische functie toedicht, waardoor zij een relatief grote bescherming genieten.¹⁰⁶⁸ Die bescherming komt, zoals eerder reeds naar voren kwam, men name tot uiting bij de in artikel 10 EVRM neergelegde vrijheid van nieuwsgaring. Een beroep hierop kan een schending van de persoonlijke levenssfeer van burgers rechtvaardigen. Als uitgangspunt lijkt te gelden dat de stellingen van een journalist door feiten gestaafd moeten worden, waarbij geen ‘distorted presentation of reality’ plaatsvindt.¹⁰⁶⁹ Als (strafrechtelijk) voorbeeld kan gewezen worden op de zaak White tegen Zweden, die ging over een publicatie van journalisten over de vermeende moordenaar van de Zweedse premier Palme.¹⁰⁷⁰ De journalisten werden door de Zweedse rechter vrijgesproken van laster, mede vanwege het publieke belang dat zij dienden. Volgens de klager had de Staat daarmee onvoldoende zijn recht op privacy gewaarborgd. Het EHRM zet in zijn oordeel artikel 8 EVRM af tegen het recht op de vrijheid van nieuwsgaring, zoals is neergelegd in artikel 10 EVRM. In lijn met vaste jurisprudentie vallen onder artikel 10 EVRM ook uitingen die ‘offend, shock or disturb’.¹⁰⁷¹ Maar deze vrijheid van meningsuiting omvat ook – zoals eerder reeds is benadrukt – taken en verantwoordelijkheden, welke voor journalisten mede gestoeld zijn op ‘act in good faith, on an accurate factual basis, and provide “reliable and precise” information in accordance with the ethics of journalism’.¹⁰⁷² Deze taken en verantwoordelijkheden

¹⁰⁶⁶ Hof Den Bosch 2 december 1992, ECLI:NL:GHSHE:1992:AB8212, NJ 1993/327.

¹⁰⁶⁷ Zie bijv. Rb. Zwolle 22 april 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:AH7572, KG 1998/173 over de onrechtmatige onderzoekshandelingen tijdens een huisbezoek door een particulier recherchebureau.

¹⁰⁶⁸ Zie nader §3.4 van dit hfd.

¹⁰⁶⁹ Zie EHRM 14 oktober 2008, 78060/01, EHRC 2008/141 (*Petrina/Roemenië*) en EHRM 30 maart 2010, 20928/05, EHRC 2010/70 m.nt. Van Noorloos (*Petrenco/Moldavië*).

¹⁰⁷⁰ EHRM 19 september 2006, 42435/02 (*White/Zweden*). Zie ook bijv. EHRM 17 december 2004, 49017/99, NJ 2005/369 m.nt. Dommering (*Pedersen & Baadsgaard/Denemarken*) en EHRM 21 september 2010, 34147/06, EHRC 2010/125 (*Polanco Torres & Movilla Polanco/Spanje*).

¹⁰⁷¹ EHRM 26 april 1979, 6538/74, r.o. 65, NJ 1980/146 m.nt. Alkema (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*).

¹⁰⁷² EHRM 21 januari 1999, 29183/95, r.o. 54, NJ 1999/713 m.nt. Dommering (*Fressoz & Roire/Frankrijk*).

zijn met name van belang indien er reputatieschade uit de publicatie voortvloeit.¹⁰⁷³ In dat geval zal de aard en mate van de lasterlijke uitlatingen, evenals de betrouwbaarheid van de bronnen in het licht van de aantijgingen onderzocht moeten worden. Daarnaast wordt de onschuldpresumptie door het EHRM relevant geacht.¹⁰⁷⁴ Aan de voornoemde vereisten was volgens het Hof voldaan, hoewel werd opgemerkt dat de aard van de beschuldigingen ernstig is en de uitlatingen in strijd zijn met het principe dat iemand onschuldig is tot het tegendeel bewezen is.¹⁰⁷⁵ Volgens het EHRM hadden de autoriteiten een ‘fair balance’ gevonden tussen de rechten van de klager en de vrijheid van meningsuiting van de journalisten. Net als bij het oordeel van de Zweedse rechter speelde hierbij mede het publieke belang om geïnformeerd te worden een belangrijke rol. De reikwijdte van een dergelijk ‘publiek belang’ is door het EHRM in de zaak Caroline von Hannover verkend.¹⁰⁷⁶ De prinses van Monaco beklagde zich in Straatsburg over de bescherming van haar persoonlijke levenssfeer ten overstaan van fotografen van de roddelpers. Het Hof overwoog dat iedereen, dus ook publieke figuren, recht hebben op een ‘legitieme verwachting’ van de bescherming van hun privacy. Daarbij kan volgens het EHRM een onderscheid gemaakt worden tussen berichtgeving die een bijdrage kan leveren aan een publiek of politiek debat gerelateerd aan politici in de uitoefening van hun functie en berichtgeving over een persoon die geen officiële functies uitoefent. Bij die laatste categorie vervult de pers geen ‘vital role of “watchdog” in a democracy by contributing to “imparting information and ideas on matters of public interest”’. In dit geval viel de afweging tussen artikel 8 EVRM en 10 EVRM in het voordeel van het eerste recht uit. In latere jurisprudentie is uitgemaakt dat de ruimte voor berichtgeving over het publieke debat niet te beperkt te worden opgevat.¹⁰⁷⁷ Zo heeft het hiervoor besproken White tegen Zweden arrest laten zien dat ook berichtgeving omtrent strafbare feiten onder deze noemer valt te scharen.

¹⁰⁷³ Zie bijv. EHRM 24 februari 1997, 19983/92, r.o. 37 (*De Haes & Gijssels/België*): ‘The Court reiterates that the press plays an essential role in a democratic society. Although it must not overstep certain bounds, in particular in respect of the reputation and rights of others, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest.’ Zie ook de *dissenting opinion* van Wojtyczek en Kūris onder 6. bij EHRM 17 mei 2016, 33677/10 en 52340/10, EHRC 2016/171 m.nt. Hendriks (*Fürst-Pfeifer/Oostenrijk*).

¹⁰⁷⁴ Zie bijv. EHRM 20 mei 1999, 21980/93, r.o. 65, NJ 2001/64 (*Bladet Tromsø & Stensaas/Noorwegen*).

¹⁰⁷⁵ Vgl. EHRM 29 augustus 1997, 83/1996/702/894, NJ 1999/710 m.nt. Dommering (*Worm/Oostenrijk*).

¹⁰⁷⁶ EHRM 24 juni 2004, 59320/00, NJ 2005/22 m.nt. Dommering (*Von Hannover/Duitsland*). Zie nader de noot van Dommering bij EHRM 7 februari 2012, 39954/08, NJ 2013/251 (*Axel Springer/Duitsland*).

¹⁰⁷⁷ Zie voor een overzicht van relevante bijdragen aan het publieke debat EHRM 7 februari 2012, 39954/08, r.o. 90, NJ 2013/251 m.nt. Dommering (*Axel Springer/Duitsland*). Zie ook EHRM 7 februari 2012, 40660/08, NJ 2013/250 m.nt. Dommering (*Caroline von Hannover/Duitsland II*); EHRM 19 september 2013, 8772/10 (*Caroline von Hannover/Duitsland III*) en EHRM 10 november 2015, 40454/07 (*Couderc & Hachette Filipacchi Associés/Frankrijk*).

Bij de genoemde afweging tussen artikel 8 en 10 EVRM benadrukt de Hoge Raad, overeenkomstig de rechtspraak van het EHRM, de publieke waakhondfunctie van journalisten.¹⁰⁷⁸ Daarmee is niet gezegd dat artikel 10 EVRM automatisch voorrang heeft op een ander grondrecht. Zo kwam artikel 8 EVRM meer gewicht toe dan artikel 10 EVRM bij het publiceren van een afbeelding van een persoon die betrokken is in een strafzaak, omdat de afbeelding niet noodzakelijk was voor de zeggingskracht van het artikel en disproportioneel was in het licht van de voorlichting van het publiek.¹⁰⁷⁹ De Hoge Raad benadrukt dat het gaat om ‘twee tegenover elkaar staande hoogwaardige en in beginsel gelijkwaardige belangen, te weten het belang dat individuele burgers niet door publicaties worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen en het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan’.¹⁰⁸⁰ Bij deze afweging dienen alle relevante omstandigheden van het geval in hun onderlinge samenhang bezien te worden. Volgens de Hoge Raad dient de toetsing aan artikel 8 en 10 EVRM in één keer te geschieden, ‘waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende tweede lid’. In het zogeheten gemeenteraadslidarrest heeft de Hoge Raad omstandigheden geformuleerd die houvast bieden de beoordeling of – in het licht van artikel 10 EVRM – sprake is van een onrechtmatige perspublicatie.¹⁰⁸¹

- a. de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben;
- b. de ernst — bezien vanuit het algemeen belang — van de misstand welke de publikatie aan de kaak beoogt te stellen;
- c. de mate waarin ten tijde van de publikatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal;
- d. de inkleding van de verdenkingen, gezien in verhouding tot de onder a. t/m c. bedoelde factoren;
- e. de mate van waarschijnlijkheid dat, ook zonder de verweten publikatie via de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere, voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op spoedig succes bereikt had kunnen worden;
- f. een mogelijke beperking van het door de perspublicatie te veroorzaken nadeel voor degene die erdoor wordt getroffen, in verband met de kans dat het betreffende stuk, ook zonder de verweten terbeschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen.’

¹⁰⁷⁸ HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9230, *NJ* 2012/571.

¹⁰⁷⁹ HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:851, *NJ* 2013/479.

¹⁰⁸⁰ HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3917, *NJ* 2012/529 m.nt. Alkema.

¹⁰⁸¹ HR 24 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD2221, r.o. 3.4, *NJ* 1984/801 m.nt. Van der Scheltema. In HR 6 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1602, *NJ* 1995/422 m.nt. Dommering heeft de Hoge Raad voor het eerst een brug geslagen met artikel 10 EVRM en de genoemde omstandigheden.

Deze opsomming is niet uitputtend. In latere jurisprudentie zijn verschillende andere gezichtspunten naar voren gekomen.¹⁰⁸² Voor het presenteren van gegevens als feiten is bijvoorbeeld een grotere mate van zorgvuldigheid vereist dan wanneer deze gegevens waardeoordelen betreffen.¹⁰⁸³

De afweging tussen beide grondrechten speelt ook een rol indien door middel van een actie uit onrechtmatige daad getracht wordt journalistiek onderzoek te stoppen reeds voordat er sprake is van een publicatie. Zo moest de Rechtbank Den Haag zich uitspreken over de rechtmatigheid van een onderzoek dat een journalist verrichtte naar een verband tussen een eerder in opspraak geraakt telecombedrijf en een marketingorganisatie.¹⁰⁸⁴ De eisers wilden onder meer een verbod op de voortzetting van het onderzoek. Bij haar oordeel betrok de rechtbank de eerder genoemde factoren die bij de botsing tussen artikel 8 en 10 EVRM een rol spelen. Zo oordeelde de rechtbank dat de journalist zich had ingespannen om de gegrondheid van de aantijgingen te onderzoeken en dat hij ruimte liet voor wederhoor. Alles afwegende oordeelde de rechtbank dat van onrechtmatig handelen geen sprake was en het gevorderde verbod werd dan ook afgewezen.

Het publieke belang kan ook botsen met het opsporingsbelang. De Rechtbank Amsterdam stond voor de vraag welk belang in dat geval moet prevaleren. Zij moest zich uitspreken over de publicatie van bij de politie gestolen diskettes. Op de diskettes stond onder andere vertrouwelijke informatie over informanten en lopende opsporingsonderzoeken, welke in handen kwam van een onderzoeksjournalist. In een uitzending besteedde hij aandacht aan de inhoud hiervan. Naast een strafrechtelijk traject, dat in paragraaf 3.4 is besproken, leidde de uitzending ook tot een actie uit onrechtmatige daad. De vraag speelde of de bescherming van de informanten en de schade die aan opsporingsonderzoeken werd toegebracht afwoog tegen het door de rechter geduide 'even hoogwaardige maatschappelijke belang' dat 'door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden in de samenleving kunnen voortbestaan'.¹⁰⁸⁵ De rechtbank oordeelde de uitzending onrechtmatig, met name omdat de zorgvuldigheidsnormen onvoldoende in acht waren genomen. Zo was er onvoldoende gedaan om de informanten te anonimiseren. Desondanks komt uit deze uitspraak naar voren dat het opsporingsbelang niet per definitie hoger wordt gewaardeerd dan de vrijheid van nieuwsgaring.

De vraag naar de rechtmatigheid van publieke uitlatingen waarmee beoogd wordt om de aandacht te vestigen op een vermoedelijke misstand, maar die voor derden

¹⁰⁸² Zie voor een overzicht HR (concl. A-G Huydecoper) 18 januari 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB3210, *NJ* 2008/274 m.nt. Dommering, nr. 6.

¹⁰⁸³ Zie bijv. HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4743, *NJ* 1984/803 m.nt. Brunner en HR 13 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2392, *NJ* 1998/361 m.nt. Dommering.

¹⁰⁸⁴ Rb. Den Haag 24 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1664.

¹⁰⁸⁵ Rb. Amsterdam 8 oktober 1997, r.o. 12, *Mediaforum* 1997, 11/12, p. B154-B156.

schadelijk zijn, doet zich ook voor indien de media gebruikt worden om verdachtmakingen te uiten. Zo werd aan de Hoge Raad voorgelegd of de in paragraaf 3.4 besproken uitlatingen van een persoon inzake de ‘Deventer moordzaak’ als onrechtmatig moeten worden beschouwd.¹⁰⁸⁶ De uitspraken van deze opiniepeiler in diverse media over de betrokkenheid van twee personen bij deze moordzaak werden door het Hof Amsterdam als onrechtmatig bestempeld. Daarbij hield het hof de eerder behandelde maatstaf waarmee de grens tussen rechtmatige en onrechtmatige uitlatingen kan worden vastgesteld aan. Alles afwegende oordeelt het hof dat de uitlatingen onrechtmatig zijn jegens de personen aan wie de verdachtmakingen zijn gericht. Bij dat oordeel betreft het hof dat de ernst van de veronderstelde misstand ‘bijzonder groot’ is (een persoon zou onterecht veroordeeld zijn), maar dat dit belang gerelativeerd wordt door het feit dat de opiniepeiler andere middelen had kunnen aanwenden om zijn doel te bereiken. Het hof verwijst hierbij naar de mogelijkheid van de gedaagde om de verdenkingen te uiten aan de organen die met de opsporing zijn belast. Dat de gedaagde de resultaten van het onderzoek heeft overgedragen aan het College van procureurs-generaal doet daar niet aan af, omdat hij ook daarna zijn uitlatingen in de pers continueerde. Het belang dat de eisers niet door (openbare of openbaar gemaakte) uitlatingen via onder meer de pers en internet worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen, prevaleert in dit geval. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk en geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

4.5 Rechtvaardigingsgronden

Indien een gedraging onder één van de hiervoor besproken onrechtmatigheidsgronden valt, staat daarmee het uiteindelijke oordeel over deze onrechtmatigheid nog niet vast. Rechtvaardigingsgronden kunnen de onrechtmatigheid aan een gedraging ontnemen. De toevoeging van ‘behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’ in artikel 6:162 lid 2 BW opent hiertoe de mogelijkheid. In dit kader is aansluiting gezocht bij de rechtvaardigingsgronden uit het Wetboek van Strafrecht.¹⁰⁸⁷ Daarnaast zijn er rechtvaardigingsgronden die ontleend zijn aan de wet of aan het ongeschreven recht. Aan deze laatste categorie bestaat volgens de wetgever behoefte, omdat daarmee voorkomen wordt dat de strijd met een wettelijke plicht en de inbreuk op een recht als onrechtmatigheidsgrond ‘tot een te groot automatisme’ leidt.¹⁰⁸⁸ De ruimte die de wetgever hiermee heeft gecreëerd is in de literatuur verkend. Gewezen kan worden op de stelling van Kremer dat informatievergaring die ‘strekt ter verdediging van de

¹⁰⁸⁶ HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5662, NJ 2010/529.

¹⁰⁸⁷ Te weten bij overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40 Sr), noodweer (art. 41 lid 1 Sr), wettelijk voorschrift (art. 42 Sr) en het bevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43 lid 1 Sr).

¹⁰⁸⁸ Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 617.

eigen (rechtmatige) belangen van de normovertreder en/of ter openbaarmaking van onrechtmatig handelen van de ‘onderzochte’ als rechtvaardigingsgrond de onrechtmatigheid van artikel 6:162 BW kan ontnemen.¹⁰⁸⁹ Daarmee zou burgeronderzoek onder omstandigheden niet als onrechtmatig kunnen worden beschouwd. Ook Mac Gillavry ziet de bijdrage aan de strafvordering als een potentiële rechtvaardigingsgrond voor burgers.¹⁰⁹⁰ In een strafrechtelijke context is onduidelijk of het behulpzaam zijn van de politie een rechtvaardigingsgrond kan inhouden. De Rechtbank Rotterdam moest zich in 1966 uitspreken over een verdenking van heling van een schrijfmachine en een rekenmachine.¹⁰⁹¹ De verdachte wilde – naar eigen zeggen – de politie behulpzaam zijn bij de opsporing van de dader(s) van een gepleegde diefstal. De verdachte werd door de rechtbank ontslagen van alle rechtsvervolging. Dit oordeel werd gestoeld op het *dubio pro reo*-beginsel; onduidelijk was of voor de verdachte een rechtvaardigingsgrond aanwezig was. Dit impliceert dat de bijdrage van de burger aan de opsporing een rechtvaardigingsgrond kan opleveren. Die stelling is echter niet zonder meer begrijpelijk.¹⁰⁹² De wet en de jurisprudentie bieden geen aanknopingspunten om het behulpzaam zijn van de politie bij de opsporing als een zelfstandige rechtvaardigingsgrond te aanvaarden. Wellicht was de rechtbank van mening dat – indien voldoende vast was komen te staan dat de verdachte ten doel had een bijdrage te leveren aan de opsporing – sprake was van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.¹⁰⁹³ Toegepast op de casus zou dit (kort gezegd) betekenen dat door de overtreding van de helingbepaling het achterliggende doel van deze bepaling – te weten het voorkomen dat iemand profiteert van andermans misdrijven – kon worden bereikt.¹⁰⁹⁴ De betreffende ongeschreven rechtvaardigingsgrond is in de cassatierechtspraak slechts één keer aanvaard.¹⁰⁹⁵ Nu het bovendien de vraag is of heling als een redelijk middel kan worden beschouwd om een bijdrage te leveren aan de opsporing, lijkt mij een succesvol beroep op deze rechtvaardigingsgrond niet aannemelijk.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁸⁹ Kremer 2002, p. 7. Anders: Brinkhoff 2008, p. 71, die in de jurisprudentie geen bevestiging leest van deze stellingname.

¹⁰⁹⁰ Mac Gillavry 2004, p. 23.

¹⁰⁹¹ Rb. Rotterdam 3 februari 1965, *NJ* 1966/106.

¹⁰⁹² Aldus ook HR (concl. A-G Van Dorst) 15 februari 1994, ECLI:NL:PHR:1994:ZC9640, *NJ* 1994/322 m.nt. Swart, nr. 7.

¹⁰⁹³ Overigens zou in de gegeven omstandigheden ook voorstelbaar zijn dat de verdachte zich beroept op een dwaling omtrent het recht. Desondanks spreekt de rechtbank expliciet over een ‘rechtvaardigingsgrond’, waardoor deze schulduitsluitingsgrond niet aanwezig wordt geacht.

¹⁰⁹⁴ Zie over deze ratio achter de helingbepaling bijv. *Kamerstukken II* 1999/00, 27 159, nr. 4, p. 5.

¹⁰⁹⁵ HR 20 februari 1933, *NJ* 1933/918.

¹⁰⁹⁶ Vgl. HR 22 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC679, *NJ* 1980/275, waarin een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid in een aanhoudingssituatie werd afgewezen omdat het slaan en trappen niet in verhouding stond tot het vluchten uit een heterdaadsituatie.

Ter illustratie van een casus waarin een rechtvaardigingsgrond de onrechtmatigheid van particulier onderzoek ontnam, kan gewezen worden op het arrest over de Edamse bijstandsmoeder.¹⁰⁹⁷ In die zaak speelde een buurtgenoot informatie door aan de sociale dienst over een vermeende onterecht ontvangen bijstandsuitkering van een vrouw. Deze buurtgenoot, die ook adjunct-directeur van de gemeentelijke sociale dienst was, verkreeg deze informatie door het veelvuldig observeren van haar huis. Centraal stond de vraag of de inbreuk op privacy van de vrouw door het handelen van de buurtgenoot als onrechtmatig kan worden bestempeld. Volgens de Hoge Raad ontnam de controle op de naleving van de Algemene Bijstandswet als rechtvaardigingsgrond de onrechtmatigheid van het handelen van de buurtgenoot. Tipgevers die privacygevoelige informatie doorgeven aan de overheid kunnen volgens de Hoge Raad echter niet altijd een beroep doen op deze rechtvaardigingsgrond, omdat de in het arrest aangehaalde parlementaire geschiedenis enkel zag op tips in het kader van controle- en sanctiebeleid op het terrein van de belastingen, sociale zekerheid en subsidies.¹⁰⁹⁸

Brinkhoff zet deze uitspraak af tegen een vonnis van het Hof Amsterdam, waarin het handelen van het tv-programma 'Crime Time' als onrechtmatig werd beschouwd.¹⁰⁹⁹ In die zaak beriep de omroepvereniging TROS zich op een rechtvaardigingsgrond, te weten het aantonen van de corruptie binnen het Nederlandse gevangeniswezen. Het beroep hierop werd door het hof verworpen, mede omdat de TROS niet de vereiste zorgvuldigheid in acht had genomen door te zwaar aangezette formuleringen en het feit dat de persoon in kwestie traceerbaar was.¹¹⁰⁰ Het gerechtvaardigde doel van de uitzending, te weten het aantonen van de voormelde corruptie, woog hierdoor niet op tegen de eveneens in acht te nemen mate van zorgvuldigheid, aldus het hof. In deze benadering klinkt door dat de in de literatuur veronderstelde rechtvaardigingsgrond die ziet op het openbaren van onrechtmatige informatie ook een afweging vergt met andere, evenzeer te respecteren belangen. In die zin wijkt deze uitspraak niet af van de overkoepelende benadering van de Hoge Raad en het EHRM, dat het recht op de vrijheid van nieuwsgaring afgewogen dient te worden tegenover andere – veelal op

¹⁰⁹⁷ HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, *NJ* 1987/928 m.nt. Van der Alkema.

¹⁰⁹⁸ HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, r.o. 4.6, *NJ* 1987/928 m.nt. Van der Alkema. Zie *Kamerstukken II* 1984/85, 17 050, nr. 39, p. 26.

¹⁰⁹⁹ Brinkhoff 2008, p. 69 en 70. Zie Hof Amsterdam 2 februari 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AB7904, *NJ* 1996/205.

¹¹⁰⁰ Vgl. Hof Amsterdam 13 september 1990, ECLI:NL:GHAMS:1990:AC3193, *NJ* 1991/334 en Hof Amsterdam 7 januari 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AB9644, *NJ* 1994/553.

artikel 8 EVRM gestoelde – belangen.¹¹⁰¹ De afweging tussen verschillende belangen komt ook tot uitdrukking in een uitspraak van de Rechtbank Zwolle.¹¹⁰² Medewerkers van een justitiële jeugdinrichting hadden in een tv-reportage hun beklag gedaan over de ‘sfeer van geweld’ in de inrichting. Hierop werden zij op non-actief gesteld, omdat de betreffende medewerking in strijd zou zijn met de ‘verplichting als werknemer’. De medewerkers meenden daarentegen dat er geen andere weg meer openstond dan de medewerking aan de reportage. De voorzieningenrechter overwoog onder meer: ‘Als werknemers al reden zouden hebben gehad te twijfelen aan het effect van interne bezinning bij De Dreef, dan nog hadden zij moeten begrijpen dat aan een initiatief om te komen tot een justitieel onderzoek naar mogelijk gepleegde strafbare feiten door het openbaar ministerie verre de voorkeur moest worden gegeven boven het meewerken aan openbaarmaking van de resultaten van particulier onderzoek.’ De rechtbank kwam tot het voorlopig oordeel dat de medewerkers onzorgvuldig jegens de werkgever gehandeld hebben. Het bestuur handelde derhalve niet onrechtmatig. De kantonrechter oordeelde in een latere procedure dat de omstandigheid dat de werknemers niet eerst gepoogd hebben om intern de zaak aan de orde te stellen geen dringende reden voor ontslag opleverde.¹¹⁰³

4.6 Conclusie

De voorgaande civielrechtelijke inventarisatie geeft een beknopte inkijk in de positie van de onderzoekende burger. Uit het palet aan onrechtmatigheden dat artikel 6:162 BW bestrijkt, kunnen enkele factoren worden gedestilleerd die van belang zijn voor de grenzen van burgeronderzoek. Zo beslaat de regeling van de onrechtmatige daad een ruime waaier van onrechtmatigheden, waardoor veel handelingen in het kader van burgeronderzoek onder het betreffende artikel kunnen worden geschaard. Zo kan de inzet van een particulier recherchebureau, het verspreiden van camerabeelden en het publiceren over opsporingsonderzoek onrechtmatig zijn. Uiteraard kent artikel 6:162 BW zijn begrenzings – zo kunnen rechtvaardigingsgronden het oordeel over de onrechtmatigheid corrigeren –, maar de keuze voor één algemeen artikel dat ziet op onrechtmatige daden maakt dat dit artikel breed kan worden toegepast.

¹¹⁰¹ Zie in relatie tot (heimelijk) filmen door de media onder meer Rb. Amsterdam 6 november 1980, ECLI:NL:RBAMS:1980:AB9546, *NJ* 1981/502; Rb. Amsterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:AZ7825; HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, *NJ* 2011/449 m.nt. Dommering; HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9230, *NJ* 2012/571; EHRM 24 februari 2015, 21830/09, 21830/09 (*Haldimann e.a./Zwitserland*) en EHRM 13 oktober 2015, 37428/06 (*Bremner/Turkije*).

¹¹⁰² Rb. Zwolle 14 oktober 1991, ECLI:NL:RBZWO:1991:AH3713, *KG* 1991/365. Zie hierover ook *Aanhangsel Handelingen II* 1991/92, nr. 52.

¹¹⁰³ Rb. Zwolle 8 november 1991, ECLI:NL:KTGZWO:1991:AL2046, *Prg.* 1992/3634.

In artikel 6:162 BW komt ook de invloed van het EVRM op het civiele recht naar voren. De Staat heeft onder omstandigheden de positieve verplichting om rechten van zijn burgers te beschermen, welke bescherming zich ook uitstrekt over de verhouding tussen burgers onderling. Voor dit boek is de waarde hiervan vooral gelegen in de bescherming die de artikelen 8 en 10 EVRM bieden. De voormelde positieve verplichtingen kunnen – zoals in de volgende paragraaf ook zal blijken – ertoe leiden dat de overheid maatregelen moet nemen om te voorkomen dat het handelen van particuliere rechercheurs een inbreuk maakt op de grondrechten van burgers. Een ander aspect, waarin de invloed van het EVRM duidelijk merkbaar is, betreft de positie van journalisten. Met een beroep op de vrijheid van nieuwsgaring, kan een journalist enige bescherming genieten binnen het civiele recht. Net als in het strafrecht is deze ruimte wel ingeperkt. Zo dienen onder meer bepaalde zorgvuldigheidsnormen in acht te worden genomen, waarbij het EHRM voornamelijk verwijst naar in het tweede lid van artikel 10 EVRM genoemde ‘taken en verantwoordelijkheden’ van journalisten. Voor journalisten, maar ook voor andere burgers, zal het uiten van kritiek over opsporingsonderzoek op zichzelf niet onrechtmatig zijn. Dat oordeel kan echter anders uitpakken als deze uitingen voor derden schadelijk zijn. In een dergelijk geval zal de rechter onder meer toetsen of er geen alternatieven waren voor de gedane uitingen, bijvoorbeeld door het overdragen van de betreffende informatie aan de politie of aan justitie. Daarmee komt, zij het indirect, de bijdrage aan de strafvordering ook in horizontale verhoudingen aan de oppervlakte.

5. Een nadere normering van de particuliere recherche en de onderzoeksjournalistiek

Hiervoor is aan de hand van voor iedereen geldende normen de normering van burgeronderzoek verkend. De besproken strafrechtelijke en civielrechtelijke begrenzingsnormen geven een algemeen kader, maar concrete handvatten die de bijdragen van particulieren aan de opsporing vormgeven zijn hieruit niet te destilleren. Mogelijk is een meer heldere afbakening van particulier recherchewerk en onderzoeksjournalistiek te vinden in de op deze beroepsgroepen gerichte wet- en regelgeving. Voor een completer beeld wordt hierbij in de volgende subparagrafen stilgestaan.

5.1 Specifieke normering van de particuliere recherche

Met de opkomst van de particuliere recherche in Nederland in de loop van de vorige eeuw kwam de vraag op of de wettelijke normering hieromtrent wel voldeed.¹¹⁰⁴ Het centrale discussiepunt was of professioneel particulier recherchewerk een ander wettelijk kader vereist dan onderzoeksactiviteiten door ‘de toevallige burger’.¹¹⁰⁵ Professioneel georganiseerde particuliere recherche zou bijvoorbeeld kunnen leiden tot ‘particuliere machtsvorming’ en de afbakening met politietaken werd als onduidelijk ervaren.¹¹⁰⁶ Deze discussie leidde er mede toe dat in 1992 via een amendement particulier recherchewerk onder de uit 1936 stammende Wet op de weerkorpsen werd geschaard.¹¹⁰⁷ De minister van Justitie had daarentegen de voorkeur om dit onderwerp in een nieuwe regeling neer te leggen, zodat langer nagedacht kon worden over de regulering van particulier recherchewerk.¹¹⁰⁸ Deze gewenste regeling kreeg uiteindelijk zijn beslag in de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (hierna: de Wpbr).¹¹⁰⁹ De insteek van de wet was om de belangen en rechten van burgers te beschermen, door inbreuken hierop door de particuliere recherche te reguleren.¹¹¹⁰ Met name de persoonlijke levenssfeer moest volgens de wetgever beschermd worden. Daarmee kan de Wpbr gezien worden als een uitwerking van de positieve verplichting van de Staat om artikel 8 EVRM te waarborgen. Om dit doel daadwerkelijk te verwezenlijken, zijn in de wet controlemechanismen opgenomen.¹¹¹¹ Artikel 2 Wpbr maakt particuliere recherchebureaus vergunningplichtig. Uit artikel 4 Wpbr volgt dat een vergunning wordt verleend indien verwacht wordt dat aan de relevante wet- en regelgeving wordt voldaan en het particulier recherchebureau handelt in overeenstemming met hetgeen van een goed recherchebureau mag worden verwacht.¹¹¹² Als tweede controlemechanisme kan gewezen worden op de in artikel

¹¹⁰⁴ Zie nader Hoogenboom 1988, p. 33-41 en Fijnaut 2002.

¹¹⁰⁵ Fijnaut 2002, p. 696.

¹¹⁰⁶ Adviescollege Bewaking en Beveiliging 1988, p. 4 en 14 en Hoogenboom 1988, p. 98.

¹¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 1990/91, 21 426, nr. 14 en de daaruit volgende Wet van 7 november 1991, *Stb.* 1991, 594.

¹¹⁰⁸ *Handelingen II* 1990/91, 108, p. 6440. Zie ook Werkgroep Bewaking en Beveiliging 1977, p. 1, welke werkgroep reeds adviseerde om het toezicht op en de regulering van deze sector in een daartoe speciaal te ontwerpen wet te plaatsen.

¹¹⁰⁹ Wet van 24 oktober 1997, *Stb.* 1997, 500. De uitvoering van deze wet is geregeld in de Beleidsregels particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, *Stcrt.* 2014, 9654 en de toepasselijke (ministeriële) Regeling particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, *Stcrt.* 1999, 60.

¹¹¹⁰ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 478, nr. 3, p. 2 en 8. Zie art. 14 lid 1 sub e Wpbr.

¹¹¹¹ Naast het wettelijke kader vindt controle ook plaats door keurmerken. Zie Frierson, Bouman & Wilms 2013, p. 15 en 16.

¹¹¹² *Kamerstukken II* 1993/94, 23 478, nr. 3, p. 3. Deze open norm wordt nader uitgewerkt in de Beleidsregels particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, *Stcrt.* 2014, 9654 en ziet onder andere op de inrichting van de organisatie en de betrouwbaarheid van het personeel.

11 Wpbr neergelegde toezichtfunctie die de politie en de Koninklijke marechaussee vervullen op het handelen van particuliere recherchebureaus.

Nu de verhouding tussen de politie en de particuliere recherche mede ten grondslag ligt aan de Wpbr, wekt het verbazing dat in de memorie van toelichting enkel de verhouding tussen de politie en particuliere beveiligingsdiensten uiteen wordt gezet.¹¹¹³ Dit aspect stond ook vóór de inwerkingtreding van de Wpbr veelal centraal. Zo wees de Werkgroep Bewaking en Beveiliging op het risico op conflicten en ongewenste concurrentie tussen de reguliere politie en de particuliere beveiligingssector.¹¹¹⁴ Het naar aanleiding van deze werkgroep opgerichte Adviescollege Bewaking en Beveiliging besteedde daarentegen wel aandacht aan particuliere recherchebureaus.¹¹¹⁵ Dit adviescollege uitte zorgen over nevenfuncties van politieambtenaren bij particuliere rechediensten. De loyaliteitsconflicten die hieruit kunnen voortvloeien, noodzaken volgens de werkgroep tot ingrijpen door de wetgever.¹¹¹⁶ Hoewel in de wetsgeschiedenis van de Wpbr weinig aandacht wordt besteed aan het voornoemde onderwerp, wordt in de wet aansluiting gezocht bij dit advies. Zo is in artikel 5 lid 2 Wpbr het gewenste verbod op nevenfuncties neergelegd, waardoor ook de integriteit van de opsporing bewaakt wordt en de risico's van belangenverstrengeling vermeden worden.¹¹¹⁷ Wat betreft de kwaliteitshandhaving is, zoals eerder vermeld, het toezicht op het handelen van recherchebureaus neergelegd bij de politie en de Koninklijke marechaussee.¹¹¹⁸ Overigens wordt vanwege capaciteitsgebrek met name de handhaving na de fase van vergunningverlening als gebrekkig ervaren.¹¹¹⁹

Na de invoering van de Wpbr zijn de raakvlakken tussen publieke opsporing en particulier onderzoek meer in de belangstelling komen te staan. Zo benadrukte de stuurgroep particuliere recherche dat de overheid de opsporing niet mag uitbesteden aan de particuliere recherche.¹¹²⁰ De verantwoordelijkheidsverdeling tussen de overheid en de particuliere onderzoeksbranche is ook onderwerp geweest van een in 2007 verschenen rapport.¹¹²¹ In dit rapport werd de rol van de overheid bij het toezicht op de particuliere recherchebureaus belicht. De onderzoekers zetten in op meer eigen verantwoordelijkheid voor de particuliere sector, maar het kabinet ging in de

¹¹¹³ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 478, nr. 3, p. 3-5. Illustratief is ook dat in art. 19 en 22 Regeling particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, *Stcrt.* 1999, 60 specifieke bepalingen zijn opgenomen voor de afstemming van het werk van beveiligingsorganisaties met de politie. Een vergelijkbare bepaling voor de particuliere recherche ontbreekt.

¹¹¹⁴ Werkgroep Bewaking en Beveiliging 1975, p. 36.

¹¹¹⁵ Adviescollege Bewaking en Beveiliging 1988, p. 12-14.

¹¹¹⁶ Adviescollege Bewaking en Beveiliging 1988, p. 13.

¹¹¹⁷ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 478, nr. 3, p. 4 en 5 en *Kamerstukken II* 1996/97, 23 478, nr. 10, p. 7. Zie nader Nuis 2004.

¹¹¹⁸ Art. 11 Wpbr.

¹¹¹⁹ Inspectie Openbare Orde en Veiligheid 2009, p. 75 en 76.

¹¹²⁰ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 VI, nr. 69, p. 5 en 6.

¹¹²¹ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2008/09, 29 279, nr. 65.

voorgestelde deregulering maar in beperkte mate mee. Voor een algehele herziening van de wet zag het kabinet onvoldoende grond.¹¹²² Zodoende prevaleerde het belang van de controle op de particuliere recherche.

De Wpbr heeft de particuliere recherche meer gereguleerd, maar het bood volgens de sector zelf onvoldoende duidelijkheid over de legitimiteit van ingezette onderzoeksmethoden.¹¹²³ In navolging hiervan vond de stuurgroep particuliere recherche een verdere normering noodzakelijk, zodat aan de beperkte horizontale werking van grondrechten (verder) tegemoet kon worden gekomen.¹¹²⁴ De branchevereniging kwam hierop met een op de Wet bescherming persoonsgegevens gestoelde privacygedragscode particuliere recherchebureaus (hierna: de code).¹¹²⁵ Ofschoon deze code door de eigen sector is opgesteld, is de code bij een ministeriële regeling verplicht gesteld voor alle vergunningsplichtige recherchebureaus.¹¹²⁶ Een normering in het Wetboek van Strafvordering werd door de stuurgroep particuliere recherche niet aanbevolen. Dit zou zich niet verhouden met het karakter van het wetboek, omdat het geen verbodsbepalingen bevat en het zich bovendien richt op de strafvorderlijke opsporing (van overheidswege).¹¹²⁷

In de code wordt een scherpe afbakening gemaakt tussen particulier recherchewerk en de opsporing van strafbare feiten door opsporingsinstanties. Zo worden begrippen uit het Wetboek van Strafvordering vermeden, zodat voorkomen wordt dat 'privaat onderzoek verward wordt met de opsporing van strafbare feiten door opsporingsinstanties'.¹¹²⁸ Gegeven dit uitgangspunt is het opmerkelijk dat de normering van particuliere onderzoeksmethoden gelijkenissen vertoont met die van opsporingsambtenaren. Zo worden de grenzen van toegestane observatie ingevuld door de vraag of 'een min of meer volledig beeld wordt verkregen van bepaalde aspecten van iemands leven'.¹¹²⁹ Dit is hetzelfde afwegingskader waar de politie bij de toepassing van artikel 126g Sv aan gebonden is. Mogelijk beoogden de opstellers van de gedragscode aansluiting te zoeken bij het misdrijf belaging, waarin het bestanddeel 'stelselmatig' is opgenomen. In die context wordt de zinsnede 'een min of meer volledig beeld wordt verkregen van bepaalde aspecten van iemands leven' echter niet gebezigd

¹¹²² *Kamerstukken II* 2007/08, 29 279, nr. 65, p. 3.

¹¹²³ Klerks, Van Meurs & Scholtes 2001, p. 61-66.

¹¹²⁴ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 VI, nr. 69, p. 7.

¹¹²⁵ Te raadplegen via www.autoriteitpersoonsgegevens.nl, zoekopdracht: Privacygedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus van de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties.

¹¹²⁶ Art. 23a Regeling particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, *Stcrt.* 2004, 100.

¹¹²⁷ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 VI, nr. 69, p. 7. Ook in het onderzoeksproject Strafvordering 2001 werd geconcludeerd dat de inbedding van deze beroepsgroep in het Wetboek van Strafvordering 'niet de meest passende oplossing' is. Zie Fijnaut 2002, p. 740-742 en Knigge 2002, p. 61.

¹¹²⁸ §7 privacygedragscode particuliere recherchebureaus.

¹¹²⁹ §7.4 privacygedragscode particuliere recherchebureaus. Vgl. Rb. Haarlem 16 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3060.

en bovendien is gebleken dat het niet-heimelijke karakter van belaging tot een ander toetsingskader leidt.¹¹³⁰ De keuze om aan te sluiten bij de genoemde strafvorderlijke bepaling is om meerdere redenen niet gewenst. Allereerst wordt hierdoor politiewerk en particulier recherchewerk wat betreft het afwegingskader gelijkgetrokken, iets wat in de code juist als onwenselijk wordt beschouwd en wat zich ook niet goed verhoudt met de overheidsgerichte insteek van het Wetboek van Strafvordering. In nauw verband hiermee staat dat de betreffende norm betrekking heeft op de verticale verhouding overheid-burger. In de code gaat het om een horizontale verhouding tussen burgers onderling, waarbij de burger niet beschermd hoeft te worden tegen een machtige overheid. In die zin zou een andere norm in de rede liggen. Aansluiting zou gezocht kunnen worden bij het toetsingskader dat het EHRM aanlegt bij een vermeende schending van het recht op privacy buiten het klassieke privacydomein, zodat de aangehaalde norm exclusief verbonden blijft met het strafvorderlijke kader.¹¹³¹

De normering van (stelselmatige) observatie vormt een uitzondering op de regel dat de soepele strafrechtelijke en civielrechtelijke bepalingen het uitgangspunt vormen van de code. In de code wordt benadrukt dat in het kader van hun beroepsuitoefening van particuliere onderzoeksbureaus een grotere mate van zorgvuldigheid wordt verwacht dan van 'gewone' burgers.¹¹³² Tot strengere normen lijkt deze vaststelling desondanks veelal niet te leiden. Integendeel, in de privacygedragscode wordt voornamelijk gewezen op de ruimte die het Wetboek van Strafrecht biedt om onderzoekshandelingen te verrichten. Zo wordt bij het betreden van niet-openbare plaatsen het verbod van artikel 138 Sr (huisvredebreuk) benadrukt, maar wordt vooral gewezen op de mogelijkheden om desondanks toegang te verkrijgen (bijvoorbeeld door toestemming van de bewoner).¹¹³³ Soms kan betwijfeld worden of de veronderstelde omzeiling van bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht legitiem zijn. Zo wordt over het heimelijk observeren door middel van camera's gesteld dat een vooraankondiging niet altijd plaats hoeft te vinden, mede omdat het bestanddeel 'wederrechtelijk' in artikel 139f en

¹¹³⁰ Zie nader §3.2. In het eventueel toepasselijke art. 426bis Sr (hinderlijk volgen) ontbreekt een koppeling met de term 'stelselmatig'.

¹¹³¹ Zie in dit kader bijv. EHRM 2 september 2010, 35623/05, r.o. 43-5, *EHRC 2010/11 (Uzun/Duitsland)*, zoals samengevat door Pool 2014, p. 61: 'Het eerste element betreft de redelijke privacyverwachting die een persoon mag hebben. Iemand die zich op straat begeeft, mag in beginsel geen hoge privacyverwachting hebben. Hij moet er rekening mee houden dat hij door anderen wordt gezien, of dat hij wordt geregistreerd door beveiligingscamera's. Het tweede element vraagt of er een compilatie van gegevens is gemaakt die op het eerste gezicht misschien niet privacygevoelig zijn, maar die in combinatie met andere gegevens herleidbaar zijn tot een identificeerbare persoon en zo een inbreuk maakt op het recht op respect voor het privéleven. Het derde element vraagt of er systematisch persoonsgegevens zijn verzameld en gebruikt. Het EHRM overwoog dat het systematisch verzamelen en bewaren van persoonsgegevens zelfs zonder het gebruik van heimelijke observatiemethoden een inbreuk kan maken op het recht op respect voor het privéleven. Het vierde element beziet of het verzamelde materiaal op een manier is gebruikt die verder reikt dan normaliter voorzienbaar is.'

¹¹³² §7 privacygedragscode particuliere recherchebureaus.

¹¹³³ §7.2 privacygedragscode particuliere recherchebureaus.

441b Sr is opgenomen.¹¹³⁴ Het bestanddeel zou volgens de code een rechterlijke afweging mogelijk maken tussen het eigendomsrecht van de werkgever en het privacyrecht van de gefilmde persoon. Die stelling kan blijken een eerder aangehaald citaat van de minister van Justitie niet worden gevolgd.¹¹³⁵ In de toelichting op de privacygedragscode wordt verwezen naar de checklist van het College bescherming persoonsgegevens (thans: de Autoriteit Persoonsgegevens), waarop deze sectornormering grotendeels is gebaseerd. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat deze checklist door nieuwe wetgeving niet meer aansluit bij het huidige wettelijke kader.¹¹³⁶ Het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ is opgenomen om heimelijk cameragebruik in het kader van de opsporing, de nationale veiligheid en het gebruik door journalisten buiten het bereik van de strafbepaling te houden.¹¹³⁷ Een beroep hierop door particuliere rechercheurs lijkt daarom uitgesloten.

De privacygedragscode wordt door de rechter als een leidraad aangehouden om de rechtmatigheid van het handelen van particuliere recherchebureaus te beoordelen. Daarbij benadrukt de Rechtbank Zutphen dat het handelen in strijd met de code onrechtmatig is, maar dat het handelen overeenkomstig de code niet per definitie *rechtmatig* is, bijvoorbeeld indien er een strafbaar feit wordt gepleegd.¹¹³⁸ Ook in andere uitspraken wordt de privacygedragscode als leidraad aangehouden.¹¹³⁹ In het verleden is gebleken dat de code echter niet altijd even zorgvuldig wordt nageleefd.¹¹⁴⁰ Hoewel er bij de code sprake is van zelfregulering en de naleving hiervan door een civiele rechter kan worden getoetst, is een publiekrechtelijke reactie op het handelen van particuliere recherchebureaus niet uitgesloten. Zo kan op grond van de Wpbr een bestuurlijke boete worden opgelegd of de vergunning worden ingetrokken.¹¹⁴¹ Daarmee wordt het handelen van particuliere rechercheurs zowel privaats- als publiekrechtelijk ingekaderd.

5.2 Specifieke normering van de onderzoeksjournalistiek

Door de steeds verdere professionalisering van de onderzoeksjournalistiek rees de vraag of meer controle op deze beroepsgroep noodzakelijk was. Er ontstond discussie of een specifiek wettelijk kader voor deze beroepsgroep wenselijk was. Met name werd

¹¹³⁴ §7.5 privacygedragscode particuliere recherchebureaus.

¹¹³⁵ *Kamerstukken I* 2002/03, 27 732, nr. 57c, p. 2. Zie §3.3 van dit hfd.

¹¹³⁶ *Kamerstukken I* 2002/03, 27 732, nr. 57c, p. 2.

¹¹³⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 5, p. 6.

¹¹³⁸ Rb. Zutphen 13 december 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY6138.

¹¹³⁹ Zie bijv. Rb. Zutphen 9 mei 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB1491 en Rb. Haarlem 16 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3060.

¹¹⁴⁰ Bos, Dekkers & Homburg 2007 en Brinkhoff 2014, p. 37.

¹¹⁴¹ Art. 14 en 15 Wpbr. Zie bijv. ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1075.

er gedacht om onderzoeksjournalistiek onder het bereik van de Wpbr te laten vallen.¹¹⁴² In een later rapport werd deze suggestie afgewezen, omdat dit een te grote beperking van de journalistieke vrijheid zou inhouden.¹¹⁴³ Dit argument is vaker in stelling gebracht om de normering van journalistiek werk vorm te geven en heeft voornamelijk geleid tot meer bescherming voor deze beroepsgroep, in plaats van een normering. In het bijzonder kan gewezen worden op het Wetsvoorstel bronbescherming in strafzaken, waarin het verschoningsrecht voor journalisten is vastgelegd.¹¹⁴⁴ In 1993 was reeds een wetsvoorstel ingediend dat ten doel had journalistieke bronnen te beschermen – ‘opdat fotojournalisten en TV-cameralieden door het publiek niet worden beschouwd als potentiële “verlengde armen” van de justitie’¹¹⁴⁵ –, maar na de erkenning van het recht op bronbescherming door het EHRM en de Hoge Raad was de directe noodzaak voor een wettelijke regeling komen te vervallen.¹¹⁴⁶ Het zogeheten ‘journalistieke privilege’ kwam weer in de belangstelling toen het EHRM in twee zaken waarin de journalistieke bronbescherming een rol speelde een schending van artikel 10 EVRM vaststelde.¹¹⁴⁷ Deze veroordelingen uit Straatsburg leidden onder meer tot een aanscherping van de Aanwijzing toepassing dwangmiddelen tegen journalisten en het voornoemde Wetsvoorstel bronbescherming in strafzaken.¹¹⁴⁸ In het wetsvoorstel wordt een beperkt verschoningsrecht aan journalisten toegekend dat ziet op het recht om zich te verschonen van het beantwoorden van vragen over de herkomst van gegevens.¹¹⁴⁹ De overheid ziet – in navolging van het EHRM – het (vooralsnog) niet als haar taak om journalistieke methoden te normeren.¹¹⁵⁰ De invulling hiervan wordt aan de beroepsgroep overgelaten. Hierbij verdient opmerking dat er in de journalistiek sprake is van zelfregulering, maar dat de consequenties van overtreding van deze

¹¹⁴² Eysink Smeets e.a. 2005, p. 72. De auteurs geven zelf aan dat gegeven de vrijheid van nieuwsgaring hier ‘met grote voorzichtigheid’ mee om moet worden gegaan.

¹¹⁴³ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2008/09, 29 279, nr. 65, p. 18.

¹¹⁴⁴ *Kamerstukken* 2014/15–2016/17, 34 032.

¹¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 133, nr. 3.

¹¹⁴⁶ EHRM 27 maart 1996, 16/1994/463/544, NJ 1996/577 m.nt. Dommering (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*) en HR 10 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2072, NJ 1996/578 m.nt. Dommering.

¹¹⁴⁷ EHRM 22 november 2007, 64752/01, EHRC 2008/20 m.nt. Nieuwenhuis (*Voskuil/Nederland*); EHRM 21 maart 2009, 38224/03, NJ 2009/450 m.nt. Dommering (*Sanoma Uitgevers/Nederland*), gevolgd door EHRM 14 september 2011, 38224/03, NJ 2011/230 m.nt. Dommering & Schalken (*Sanoma Uitgevers/Nederland*).

¹¹⁴⁸ In de Aanwijzing toepassing dwangmiddelen tegen journalisten, *Stcrt.* 2012, 3656 werd onder meer geregeld dat de rechter-commissaris zich vooraf kan uitspreken over de rechtmatigheid van de inbeslagname. Zie Brants 2008 over de wenselijkheid van een wettelijke regeling.

¹¹⁴⁹ In het voorgestelde art. 218a Sv komt de eerder in dit hoofdstuk besproken afweging tussen grondrechten tot uitdrukking. Hierin is neergelegd dat de rechter-commissaris het beroep van een journalist op het voornoemde verschoningsrecht kan afwijzen indien hij oordeelt dat bij het onbeantwoord blijven van vragen aan een zwaarder wegend maatschappelijk belang een onevenredig grote schade zou worden toegebracht.

¹¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 027, nr. 3, p. 3.

normen minder verreichend zijn dan bij de particuliere recherche.¹¹⁵¹ Zo doet de Raad voor de Journalistiek uitspraak over klachten over journalistiek werk, maar sancties kunnen niet worden opgelegd.¹¹⁵²

Toch wordt het recht op vrije nieuwsgaring, ondanks de bescherming die een journalist geniet, soms wettelijk ingeperkt. In het bijzonder kan gewezen worden op de in het vorige hoofdstuk besproken Wet bescherming persoonsgegevens. In de voorloper van de Wbp, de Wet persoonsregistratie, werd in artikel 2 lid 1 sub b Wpr uitgesloten dat de ‘persoonsregistraties die uitsluitend ten dienste staan van de openbare informatievoorziening door pers, radio of televisie’ onder de reikwijdte van de betreffende wet vielen. De Europese Privacyrichtlijn, die ten grondslag ligt aan de Wbp, liet echter geen ruimte voor een dergelijke ruime bepaling.¹¹⁵³ Uitgangspunt is dat de beginselen van de richtlijn ook van toepassing zijn op de verwerking van persoonsgegevens voor journalistieke doeleinden. Uitzonderingen zijn volgens artikel 9 Europese Privacyrichtlijn enkel toegelaten voor zover dit nodig is om het recht op persoonlijke levenssfeer te verzoenen met de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting. Het werd aan de lidstaten overgelaten om te oordelen in welke gevallen het belang van de vrijheid van nieuwsgaring voorging op de bepalingen uit de richtlijn. De keuzes die de wetgever heeft gemaakt, zijn in artikel 3 Wbp neergelegd. Hierin is bepaald dat de regelingen omtrent aansprakelijkheid, sancties, beroep op de rechter, gedragscodes en beveiliging ook gelden voor journalisten.¹¹⁵⁴ Daarnaast worden de door de Wbp geformuleerde zorgvuldigheidseisen van belang geacht voor de journalistiek. Dat komt in het bijzonder tot uitdrukking in artikel 3 lid 2 Wbp. Daarin is de verwerking van gevoelige gegevens door journalisten toegestaan, mits de verwerking van deze gegevens voldoet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit (de wet spreekt over ‘noodzakelijk’). Deze bepalingen moeten desondanks niet als een vergaande inperking van de vrijheid van nieuwsgaring worden geduid. Het gaat immers om bepalingen die onverkort van toepassing zijn voor de andere normadressaten van de Wbp. Artikel 3 Wbp geeft journalisten dan ook een uitzonderingspositie. Ook uit een analyse van de jurisprudentie door Hins blijkt artikel

¹¹⁵¹ Zie bijv. de (op de ethiek geschoeide) Code voor de Journalistiek. Te raadplegen via www.nvj.nl. In HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, NJ 2011/449 m.nt. Dommering heeft de Hoge Raad overwogen dat journalistieke maatstaven geen doorslaggevende rol hoeven te spelen bij een oordeel over de rechtmatigheid van het handelen van journalisten.

¹¹⁵² De Raad baseert zich in zijn werk op de Leidraad van de Raad voor de Journalistiek. Te raadplegen via www.rvdj.nl.

¹¹⁵³ Art. 9 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens. Op 14 april 2016 heeft het Europees Parlement ingestemd met de nieuwe Algemene Verordening Gegevensbescherming en de richtlijn gegevensbescherming. Binnen twee jaar vervangt deze verordening de huidige wet- en regelgeving.

¹¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 92c, p. 19.

3 Wbp niet tot een ontoelaatbare inperking van de persvrijheid te leiden.¹¹⁵⁵ De slotsom moet dan ook zijn dat de besproken normeringen van journalistiek werk tot weinig beperkingen leiden voor de onderzoeksjournalistiek.

6. Geformaliseerde publiek-private samenwerking

Dit hoofdstuk ving aan met de constatering dat bij het handelen van particulieren het belang van de strafvordering veelal niet voorop staat. Toch kunnen de belangen van politie en justitie enerzijds en private partijen anderzijds samenlopen. Zo werkt het Openbaar Ministerie in het kader van de aanpak van hennepsteelt onder meer samen met woningcorporaties en netbeheerders.¹¹⁵⁶ De door de (semi-)private partijen aangeleverde informatie kan justitie benutten om hennepkwekerijen op te rollen, terwijl de benadeelden hierdoor (verdere) schade kunnen voorkomen en het gemakkelijker wordt om de aangerichte schade te verhalen. Het streven naar wederzijds voordeel staat in dergelijke samenwerkingen centraal. Desondanks kunnen ook in die gevallen de belangen van de betrokken partijen wringen. Schuilenburg signaleert bijvoorbeeld ongemak aan de zijde van private partijen om bij te dragen aan de opsporing, omdat zij dit niet onder hun verantwoordelijkheid vinden vallen.¹¹⁵⁷ Dergelijke bezwaren hebben er niet aan in de weg gestaan dat publiek-private samenwerking de afgelopen jaren een vlucht heeft genomen.¹¹⁵⁸

De juridische vormgeving van deze samenwerkingsverbanden is veelal gelegen in convenanten. Deze convenanten zijn juridisch vormvrij, mits de inhoud van de overeenkomst in overeenstemming is met het recht.¹¹⁵⁹ Afhankelijk van de formulering kunnen hierin neergelegde afspraken rechtens afdwingbaar zijn.¹¹⁶⁰ Hagens en Bonnes wijzen op de juridische complexiteit van dergelijke convenanten, omdat het ‘convenant moet overeenstemmen met het recht dat voor de overheid geldt en met het recht dat voor private partijen geldt.’¹¹⁶¹ Vooral het inpassen van gegevensuitwisseling binnen de daarvoor toepasselijke juridische kaders, zonder daarbij het wederzijds nut uit het oog te verliezen, blijkt de praktijk voor uitdagingen te stellen. Het is om die reden interessant om te bezien op welke manier politie en justitie met de particuliere recherche en de journalistiek samenwerken. Daarbij zal aandacht besteed worden aan de context van deze publiek-private verbanden en het toepasselijke juridische kader.

¹¹⁵⁵ Hins 2013.

¹¹⁵⁶ Wouters, Korf & Kroeske 2007.

¹¹⁵⁷ Schuilenburg 2012, p. 241-264.

¹¹⁵⁸ Rovers & Jans 2013, p. 98 en 99.

¹¹⁵⁹ Hagens & Bonnes 2014, p. 108. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8478.

¹¹⁶⁰ Zie nader Hagens & Bonnes 2014, p. 111-114.

¹¹⁶¹ Hagens & Bonnes 2014, p. 108.

6.1 Geformaliseerde samenwerking met de particuliere recherche

In dit boek is de ambivalente positie van politie en justitie ten aanzien van de particuliere recherche reeds aangestipt. Enerzijds wordt de groei van deze sector als een bedreiging voor onder meer de grondrechten van burgers gezien, maar anderzijds zijn er indicaties dat de overheid particuliere recherchebureaus in toenemende mate een rol toedicht in het domein van de veiligheid.¹¹⁶² De oorzaak hiervan is onder meer gelegen in het ontbreken van de benodigde expertise aan overheidszijde, of omdat de inzet van private partijen als efficiënter wordt ervaren.¹¹⁶³ Bovendien leidt de aard van de werkzaamheden van de particuliere sector veelal tot wetenschap over strafbare feiten. Illustratief is de pilot ‘samenwerking particuliere onderzoeksbureaus met politie en OM’. Aanleiding van deze pilot was de constatering dat door particuliere recherchebureaus aangeleverde informatie tot een gering aantal strafrechtelijke vervolgingen leidde.¹¹⁶⁴ Door het beter afstemmen van particulier onderzoek met de politie, werd in dit project getracht om het potentieel van de particuliere sector beter te benutten. Om risico’s die spelen bij dergelijke samenwerkingsverbanden in te dammen, werden nadere voorwaarden gesteld. Zo mocht de door derden aangeleverde informatie niet strijdig zijn met de bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering, zodat – zo valt aan te nemen – voorkomen wordt dat strafvorderlijke grenzen worden omzeild.¹¹⁶⁵ In de eindevaluatie werd onder meer geconstateerd dat in kwalitatieve zin particulier onderzoek een beperkte toegevoegde waarde kan hebben voor de opsporing en vervolging, maar werden ook veel hindernissen gesignaleerd.¹¹⁶⁶ Uit de evaluatie van een vervolgpilot kwamen vergelijkbare resultaten naar voren.¹¹⁶⁷ Een relevante hindernis is dat de politie niet sturend wil optreden bij het particuliere onderzoek. Om die reden bestaat bij publiek-private samenwerking enige distantie tussen de overheid en particuliere recherchebureaus. Deze distantie roept vragen op. Zo staat het wettelijk kader – anders dan in de evaluatie van de vervolgpilot wordt gesuggereerd – er niet aan in de weg voor de politie om sturend op te treden.¹¹⁶⁸ De overheid blijft immers ook binnen dergelijke samenwerkingsverbanden verantwoordelijk voor de opsporing. Door zich terughoudend op te stellen, trachten politie en justitie te voorkomen dat door

¹¹⁶² Zie voor een overzicht van excessen in de particuliere recherche sector Van der Aa 2010, p. 228-231. Zie over de bedoelde samenwerking Hoogenboom 1988, m.n. p. 57-61; Nuis e.a. 2004 en Eysink Smeets e.a. 2005, p. 62 en 63. Vgl. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 811, nr. 14 en *Kamerstukken II* 1999/00, 26 604 en 26 345, nr. 7.

¹¹⁶³ Vgl. Gunther Moor & Van der Vijver 2001, p. 87 en Schuilenburg 2012, p. 19, 20, 42 en 43.

¹¹⁶⁴ Steenhuis 2011.

¹¹⁶⁵ Frierson, Bouman & Wilnis 2013, p. 20. Zie bijv. Knigge & Kwakman 2001, p. 278 en 279.

¹¹⁶⁶ Frierson, Bouman & Wilnis 2013, p. 59-65.

¹¹⁶⁷ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34300-VI, nr. 79.

¹¹⁶⁸ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34300-VI, nr. 79, p. 52.

burgers begane onrechtmatigheden strafvorderlijk gesanctioneerd worden.¹¹⁶⁹ Indien er sprake is van overheidsinmenging bij het handelen van derden, kunnen namelijk – zo zal in het volgende hoofdstuk blijken – strafprocessuele gevolgen in beeld komen. Deze opstelling van politie en justitie kan de suggestie wekken dat strafvorderlijke waarborgen vermeden worden. Immers, het onderzoek dat particulieren verrichten vindt niet plaats binnen de kaders van het Wetboek van Strafvordering, terwijl de insteek van deze pilot gericht is op een bijdrage aan de opsporing. Het is om die reden van belang dat de eigen verantwoordelijkheid van de overheid in de opsporing niet uit het oog wordt verloren. De regel dat door derden aangeleverde informatie niet strijdig mag zijn met de bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering is in die zin een stap in de goede richting. De eis dat de zaken in de pilot ‘panklaar’ aangeleverd worden door de particuliere onderzoeksbureaus, verhoudt zich daarentegen moeilijk met de eigen verantwoordelijkheid van de overheid in de opsporing.¹¹⁷⁰ In die situatie bestaat er weinig ruimte voor een officier van justitie om invulling te geven aan zijn verantwoordelijkheid voor de regie over de opsporing en de samenstelling van het strafdossier.¹¹⁷¹ Desondanks moet geconstateerd worden dat het wettelijke kader weinig ruimte biedt voor alternatieven. Inbedding van particuliere recherchebureaus in de opsporing is niet wenselijk. Zoals eerder is besproken, lopen de belangen van het onderzoeksbureau en justitie daarvoor te zeer uiteen. Bovendien is gebleken dat de controle op het handelen van particulieren moeilijk vorm is te geven. De opstelling van politie en justitie in de genoemde pilots is zo gezien verklaarbaar, hoewel hierdoor moeilijk invulling te geven is aan de verantwoordelijkheid van de overheid voor de opsporing. Bovendien komt de gewenste informatiedeling hierdoor moeizaam tot stand. Hoe gegevensuitwisseling desondanks vorm kan krijgen, wordt in het navolgende verduidelijkt aan de hand van de informatie gestuurde publiek-private samenwerking bij de opsporing van gestolen en verduisterde voertuigen.

De aanpak van voertuigcriminaliteit is geen landelijke prioriteit van politie en justitie.¹¹⁷² De reden hiervoor is onder meer gelegen in het feit dat autodiefstal volgens het onderzoek nationaal dreigingsbeeld 2012 ‘geen concrete dreiging’ voor de Nederlandse samenleving oplevert.¹¹⁷³ Dat neemt niet weg dat gestolen en verduisterde voertuigen veelal gebruikt worden voor ernstige strafbare feiten die ondermijnend kunnen zijn voor de samenleving.¹¹⁷⁴ Dit gegeven, tezamen met het feit dat veel partijen belang hebben bij een effectieve aanpak van voertuigcriminaliteit, heeft ertoe

¹¹⁶⁹ Friperson, Bouman & Wilnis 2013, p. 36 en 48. Zie nader hfd. 5.

¹¹⁷⁰ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34300-VI nr. 79, p. 37 en 52.

¹¹⁷¹ Art. 132a, 149 en 149a Sv. Zie nader hfd. 5 §2.4.4.

¹¹⁷² *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 603.

¹¹⁷³ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 79, p. 194.

¹¹⁷⁴ Stichting aanpak voertuigcriminaliteit 2015, p. 7 en 8.

geleid dat er veel publiek-private samenwerking is op dit vlak.¹¹⁷⁵ Deze samenwerking heeft er onder meer in geresulteerd dat de registratie van gestolen auto's sneller plaatsvindt.¹¹⁷⁶ Hoewel het opsporingspotentieel hierdoor vergroot werd – een snellere diefstalsignalering vergroot de kans op succesvolle opsporing –, bleek de capaciteit van de politie onvoldoende om zich op dit type voertuigcriminaliteit te richten.¹¹⁷⁷ Om de opsporingsinformatie toch te benutten, is in het najaar van 2015 een pilot gestart om bij een signalering van gestolen voertuigen de particuliere recherche te betrekken.

In de pilot vervullen zogeheten ANPR-camera's een belangrijke rol. Kentekens van voertuigen die dergelijke camera's passeren worden gescand en opgeslagen.¹¹⁷⁸ Vervolgens kunnen deze kentekens vergeleken worden met een database aan kentekens die om uiteenlopende redenen geregistreerd staan. De pilot richt zich op de situatie dat een ANPR-camera een als gestolen geregistreerd voertuig signaleert. Het Landelijk Informatiecentrum Voertuigcriminaliteit (hierna: het LIV) controleert een zogeheten 'hit' en speelt, na validatie, de informatie door naar de Landelijke Eenheid, dienst operations, van de politie. De Landelijke Eenheid coördineert vervolgens de inzet van de politie. Ook in de pilot blijft dit de geprefereerde route, maar indien er onvoldoende capaciteit is kan gedurende de pilot de betreffende informatie (zoals locatie, rijrichting en voertuiggegevens) worden verstrekt aan particuliere opsporingsbureaus.¹¹⁷⁹ Een recherchebureau kan vervolgens de auto volgen, totdat de politie weer voldoende capaciteit heeft. De particuliere speurder zal zich terughoudend moeten opstellen, omdat hem geen bijzondere strafvorderlijke bevoegdheden toekomen. Zo zal het niet toegestaan zijn om de verdachte aan te houden, omdat het niet een heterdaadsituatie betreft.¹¹⁸⁰ Wel kan een voertuig gerevindiceerd worden ingevolge artikel 3:86 lid 3 BW, indien de politie geen capaciteit vrijmaakt om een gelokaliseerd voertuig in beslag te nemen. Maar ook in dat geval zal het voertuig voor sporenonderzoek aan de politie worden aangeboden.¹¹⁸¹ Daarbij kan worden aangetekend dat de hiervoor beschreven particuliere inzet niet uit publieke middelen wordt betaald.¹¹⁸² Een eventuele vergoeding voor onderzoeksbureaus zal door verzekeraars geschieden, ook in de gevallen dat een auto niet voor diefstal is verzekerd.¹¹⁸³ Zodoende doorkruisen de belangen van de betrokken private partijen niet het strafvorderlijke doel van de waarheidsvinding.

¹¹⁷⁵ Zie bijv. het Landelijk Informatiecentrum Voertuigcriminaliteit, waarin onder meer verzekeringsmaatschappijen (de Stichting Verzekeringsbureau Voertuigcriminaliteit) en de politie samenwerken om – blijkens www.liv.nl/over-liv/ – een bijdrage te leveren aan de opsporing en bestrijding van criminaliteit.

¹¹⁷⁶ Convenant versneld plaatsen diefstalsignaal, *Stcrt.* 2014, 16050.

¹¹⁷⁷ Stichting aanpak voertuigcriminaliteit 2015, p. 8.

¹¹⁷⁸ Vgl. HR 11 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3142, *NJ* 2015/296 m.nt. Borgers.

¹¹⁷⁹ Stichting aanpak voertuigcriminaliteit 2015, bijlage 2, p. 5.

¹¹⁸⁰ Art. 53 Sv. Zie nader hfd. 3 §2.

¹¹⁸¹ Stichting aanpak voertuigcriminaliteit 2015, bijlage 2, p. 5 en 6.

¹¹⁸² Stichting aanpak voertuigcriminaliteit 2015, p. 16 en 17.

¹¹⁸³ Vgl. Rb. Utrecht 3 december 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AN9339.

De juridische inkleding van deze pilot draait vooral om het ter beschikking stellen van een 'hit' van een ANPR-camera aan een private partij. De voor deze pilot samengestelde juridische werkgroep ziet ruimte voor het verstrekken van de betreffende gegevens.¹¹⁸⁴ Bij de aangifte van gestolen voertuigen wordt expliciet toestemming gevraagd om de noodzakelijke politie informatie aan de verzekeraar te verstrekken, welke toestemming onder meer ziet op de verwerking van gegevens ten aanzien van de opsporing en terugbezorging van het voertuig. Indien vervolgens een ANPR-camera de gestolen auto registreert, kan gesproken worden over politie-informatie die valt onder de reikwijdte van artikel 8 (uitvoering dagelijkse politietaak) en 13 (ondersteunende taken) Wpg.¹¹⁸⁵ Artikel 4:2 lid 1 sub n Besluit politiegegevens maakt het mogelijk om deze gegevens structureel te verstrekken aan de gesubrogeerde verzekeraar.¹¹⁸⁶ Deze gegevens worden vervolgens door de verzekeraar (of een medewerker van het LIV namens de verzekeraar) verstrekt aan een particulier onderzoeksbureau.¹¹⁸⁷ De sturing van deze bureaus vindt dus niet plaats door de politie.¹¹⁸⁸ Het wordt aan de verzekeringsmaatschappijen overgelaten om met onderzoeksbureaus afspraken te maken ten aanzien van doelgebonden verwerking van de politiegegevens. Op deze manier wordt de door politie en justitie gewenste juridische distantie tussen de politie en particuliere recherchebureaus gewaarborgd, zonder dat de toegevoegde waarde van dergelijke samenwerkingsverbanden verloren gaat.

In de besproken geformaliseerde samenwerkingen met de particuliere recherche klinkt een behoedzame benadering van politie en justitie door. Juridische risico's worden ingedamd door de particuliere sector juridisch op afstand te zetten of door voorwaarden te stellen aan de samenwerking met onderzoeksbureaus. Behoedzaamheid is ook geboden omdat de gegevensuitwisseling waarop de betreffende samenwerking veelal is gestoeld, in lijn moet zijn met de verschillende wettelijke kaders. Het toepasselijke juridische kader beperkt zodoende de mogelijkheden voor samenwerkingsverbanden met de particuliere sector.

¹¹⁸⁴ Stichting aanpak voertuigcriminaliteit 2015, bijlage 1.

¹¹⁸⁵ HR 11 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3142, *NJ* 2015/296 m.nt. Borgers.

¹¹⁸⁶ De wettelijke basis voor subrogatie is gelegen in art. 7:962 BW, welk artikel volgens Van Zwieten 2015, p. 19 de strekking heeft 'dat de verzekeraar in de schadevergoedingsrechten treedt die de verzekerde op de aansprakelijke derde heeft indien en voor zover de verzekeraar een uitkering heeft gedaan aan de verzekerde. De verzekeraar kan vervolgens de aansprakelijke derde *op eigen naam* aanspreken op grond van de wettelijke bepaling.'

¹¹⁸⁷ Deze gegevensverstrekking aan derden wordt neergelegd in de daarop toepasselijke protocollen van het LIV.

¹¹⁸⁸ Stichting aanpak voertuigcriminaliteit 2015, bijlage 2, p. 2.

6.2 Geformaliseerde samenwerking met de journalistiek

In het kader van het faciliteren van de vrijheid van nieuwsgaring verstrekt de politie frequent informatie aan journalisten.¹¹⁸⁹ Van een eenzijdige relatie is evenwel geen sprake, daar politie en justitie de media ook benutten voor doelen die raken aan de taken van de politie. Zo verleent de politie medewerking aan verkeersprogramma's, met als doel om de verkeersveiligheid te verbeteren en om inzichtelijk te maken 'dat de politie landelijk erg veel aandacht schenkt aan het opsporen van gevaarlijk rijgedrag'.¹¹⁹⁰ De relatie tussen de media en de opsporing is ook zichtbaar bij opsporingsberichtgeving. Daarbij gaat het volgens de Aanwijzing Opsporingsberichtgeving om 'een opsporingsmiddel in strafvorderlijke zin waarbij de hulp van het publiek wordt ingeroepen via de media en andere openbare berichten, om voor het opsporingsonderzoek relevante informatie te verkrijgen'.¹¹⁹¹ Hoewel deze berichtgeving ook via eigen kanalen van de politie verloopt – bijvoorbeeld via www.politie.nl –, kan door samenwerking met de media het bereik van de opsporingscommunicatie worden vergroot. Hoe een dergelijke samenwerking tussen politie en media is vormgegeven, wordt in het navolgende verkend aan de hand van de bijdrage van justitie aan opsporingsprogramma's op televisie.

Bij aan de opsporing gewijde televisieprogramma's wordt de kijker gevraagd om tips over strafbare feiten. Daarbij worden veelal beelden vertoond om verdachten en (niet-gedetineerde onherroepelijk) veroordeelden te identificeren. Hoewel dergelijke opsporingsberichtgeving in het algemeen als 'weinig problematisch' wordt ervaren, is de inzet hiervan niet zonder risico.¹¹⁹² Zo boog de Werkgroep opsporingsberichtgeving per televisie zich over verschillende bezwaren die geuit waren naar aanleiding van het voornemen om het programma 'Opsporing Verzocht' uit te zenden. Opsporingsberichtgeving zou bijvoorbeeld burgeronderzoek kunnen stimuleren. Dit risico werd door de voormelde werkgroep onderkend, maar zij wees er ook op dat een tv-uitzending juist als instrument kan dienen om zulke effecten in te dammen.¹¹⁹³ De werkgroep benoemde daarnaast het gevaar van een 'heksenjacht' die opsporingsberichtgeving teweeg kan brengen.¹¹⁹⁴ Een arrest uit 2015 laat zien dat dit risico niet verwaarloosbaar is. In een lokaal opsporingsprogramma werden gedetailleerde beelden uitgezonden van een mishandeling, welke beelden vervolgens werden uitgezonden door landelijke media. Hierdoor ontstond een door de

¹¹⁸⁹ Zie nader Schuijt 2006, p. 207-236.

¹¹⁹⁰ Mediaprotocol Verkeerprogramma's Politie Nederland 2007, p. 2 te raadplegen via www.politie.nl/binaries/content/assets/politie/wob/o8-zeeland-west-brabant/televisieprogrammas/besluit-en-protocol.pdf. Vgl. Rb. Zutphen 10 oktober 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ3285.

¹¹⁹¹ §2 Aanwijzing Opsporingsberichtgeving, *Stcrt.* 2009, 51.

¹¹⁹² Knigge & Kwakman 2001, p. 271.

¹¹⁹³ Werkgroep opsporingsberichtgeving per televisie 1971, p. 25 en 26.

¹¹⁹⁴ Werkgroep opsporingsberichtgeving per televisie 1971, p. 22-25.

Rechtbank Oost-Brabant getypeerde ‘oncontroleerbare verspreiding via de moderne communicatiemiddelen’.¹¹⁹⁵ De verdiscontering hiervan in de strafmaat, werd door de Hoge Raad in stand gehouden.¹¹⁹⁶ Opsporingsberichtgeving kan dan ook zijn weerslag hebben op het strafproces. In die zin is het begrijpelijk dat deze opsporingsmethode nader juridisch is ingekaderd.

De strafvorderlijke grondslag voor opsporingsberichtgeving is gelegen in algemeen taakstellende bepalingen.¹¹⁹⁷ De hieraan ten grondslag liggende veronderstelling dat dergelijke berichtgeving slechts een beperkte inbreuk op de grondrechten van burgers maakt en om die reden een specifieke wettelijke basis niet noodzakelijk is, wordt in de rechtspraak bevestigd.¹¹⁹⁸ Dit neemt niet weg dat de inzet van media ten behoeve van de opsporing een inbreuk kan maken op de privacy van de verdachte.¹¹⁹⁹ Hoewel een beroep op artikel 8 EVRM kan afstuiten op het gegeven dat de openbaarmaking een voorzienbaar gevolg is van het handelen van de betrokkene, is het begrijpelijk dat met de Aanwijzing Opsporingsberichtgeving een kader is gecreëerd waarmee de grenzen van artikel 8 EVRM bewaakt kunnen worden.¹²⁰⁰ Uitgangspunt van de aanwijzing is dat terughoudend wordt omgegaan met de inzet van dit opsporingsmiddel. Zo vereist de inzet van opsporingsberichtgeving toestemming van de hoofdofficier van justitie, zijn op regionaal en landelijk niveau overlegorganen bij de inzet van opsporingsberichtgeving betrokken, is enkel in specifiek omschreven gevallen berichtgeving toegestaan en dient het Openbaar Ministerie een afweging te maken tussen – veelal – de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en de persoonlijke levenssfeer van de verdachte of veroordeelde.¹²⁰¹ Naast dit algemene afwegingskader worden in relatie tot de samenwerking met zogeheten ‘mediapartners’ aanvullende voorwaarden gesteld. Dat is begrijpelijk, aangezien in die gevallen de verwezenlijking van de onderhavige opsporingsmethode afhankelijk is van een derde partij. Om de benodigde controle te houden over de inhoud van de berichtgeving, schrijft de aanwijzing voor dat een overeenkomst wordt gesloten tussen de Staat en de betreffende mediapartner.¹²⁰² In

¹¹⁹⁵ Rb. Oost-Brabant 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4794;4795;4796 en 4797.

¹¹⁹⁶ HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, *NJ* 2016/111 m.nt. Myjer. Zie nader hfd. 5 §2.4.4.

¹¹⁹⁷ §2 Aanwijzing Opsporingsberichtgeving, *Stcrt.* 2009, 51 noemt de artikelen 141 en 148 Sv als grondslag. Art. 22 Aw en art. 19 sub a Wpg geven ruimte voor het verveelvoudigen of openbaar maken van afbeeldingen ten behoeve van de opsporing. Zie Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6574 en BY6586, en Rb. Zeeland-West-Brabant 25 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5619 en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, nr. 3, p. 53.

¹¹⁹⁸ HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:41, *NJ* 2014/188 m.nt. Schalken.

¹¹⁹⁹ Zie ook HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, *NJ* 2016/111 m.nt. Myjer, r.o. 4.3.2 voor een niet-limitatieve lijst aan gezichtspunten die van belang zijn bij een vermeende schending van art. 8 EVRM in relatie tot opsporingsberichtgeving.

¹²⁰⁰ HR (concl. A-G Vegter) 7 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2013:2103, nr. 15, *NJ* 2014/188 m.nt. Schalken en HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, *NJ* 2016/111 m.nt. Myjer, r.o. 4.3.1.

¹²⁰¹ Resp. §4.1, 7, 4.3 en 4.4 Aanwijzing Opsporingsberichtgeving, *Stcrt.* 2009, 51.

¹²⁰² §8.1 Aanwijzing Opsporingsberichtgeving, *Stcrt.* 2009, 51.

een dergelijke overeenkomst zijn de rechten en plichten van het Openbaar Ministerie en de zendgemachtigde neergelegd. De samenwerkingsovereenkomst tussen de Staat der Nederlanden en het programma 'Opsporing Verzocht' geeft inzicht in deze invulling van verantwoordelijkheden.¹²⁰³

Uit het betreffende contract blijkt dat het Openbaar Ministerie¹²⁰⁴ veel invloed heeft op de vormgeving van het opsporingsprogramma. Zo heeft het inspraak in de samenstelling van de redactie van het programma, selecteert het de onderwerpen die worden behandeld en moet de zendgemachtigde vooraf toestemming van justitie krijgen om uit te zenden.¹²⁰⁵ Vervolgens klinkt het belang van de opsporing sterk door in de overeenkomst. Zo dient de zendgemachtigde volledige geheimhouding en vertrouwelijkheid te betrachten en rust op hem een inspanningsverplichting om Opsporing Verzocht 'zoveel mogelijk op een voor opsporing zo'n rendabel mogelijk tijdstip uit te zenden'.¹²⁰⁶ Deze nadruk op de rechten van het Openbaar Ministerie en de plichten van de zendgemachtigde, maakt dat de verantwoordelijkheden van het programma goeddeels bij de Staat liggen. In de overeenkomst is dan ook neergelegd dat de zendgemachtigde produceert en uitzendt voor risico van de Staat.¹²⁰⁷ Deze verantwoordelijkheidsverdeling heeft tot gevolg dat er veel interne controlemechanismen zijn. Naast de reeds besproken waarborgen in de Aanwijzing Opsporingsberichtgeving, worden opsporingsambtenaren aangespoord om zorgvuldig om te gaan met opsporingscommunicatie. Zo moeten zij in het kader van pinpasfraude onderbouwen waarom vermoed wordt dat op camerabeelden de bewuste verdachte zichtbaar is.¹²⁰⁸ Hiermee wordt getracht te voorkomen dat een onjuiste verdachte wordt gezocht.¹²⁰⁹

De geformaliseerde samenwerking met de media wijkt daarmee af van de samenwerking tussen justitie en particuliere recherchebureaus. Waar het Openbaar Ministerie bij deze laatste categorie juridisch op afstand staat, vervult het bij de opsporingsberichtgeving juist een spilfunctie. Dit verschil kan worden teruggevoerd op de aard van de samenwerking. De inzet van opsporingsberichtgeving via televisie betreft een strafvorderlijke bevoegdheid, waardoor een overheidsgerichte insteek onvermijdelijk is. De bijdrage van de particuliere sector valt daarentegen buiten de strafvorderlijke kaders en heeft daardoor een meer zelfstandig karakter. Ook speelt mogelijk mee dat controle en toezicht op mediapartners gemakkelijker vorm is te

¹²⁰³ Te raadplegen via www.om.nl/organisatie/wet-openbaarheid/openbaar-gemaakte/.

¹²⁰⁴ In de Samenwerkingsovereenkomst Opsporing Verzocht d.d. 10 april 2007 wordt gesproken over de Staat, maar het betreffende contract is gesloten met het Openbaar Ministerie.

¹²⁰⁵ Resp. art. 4.1, 4.3-4.5 en 6.6 Samenwerkingsovereenkomst Opsporing Verzocht d.d. 10 april 2007.

¹²⁰⁶ Resp. art. 8.1 en 6.8 Samenwerkingsovereenkomst Opsporing Verzocht d.d. 10 april 2007.

¹²⁰⁷ Art. 5.2 Samenwerkingsovereenkomst Opsporing Verzocht d.d. 10 april 2007.

¹²⁰⁸ Formulier inzet opsporingscommunicatie politie Haaglanden (niet gepubl.).

¹²⁰⁹ Zie bijv. Rapport Ombudsman 13 februari 2006, nr. 2006/049.

geven. Bij het verstrekken van informatie aan particuliere speurders is het op voorhand onduidelijk op welke manier invulling wordt gegeven aan het verzoek om bij te dragen aan de opsporing, zodat getracht wordt de risico's voor de Staat te minimaliseren. Toch kan het voorgaande geen sluitende verklaring geven voor de gesignaleerde verschillen, omdat overheidsbemoeienis ook zichtbaar is bij samenwerkingsverbanden met de media die niet direct raken aan de opsporing. Zo worden in mediacontracten veelal afspraken gemaakt die politie en justitie zeggenschap geven over de betreffende uitzending.¹²¹⁰ Beunders en Muller wijzen erop dat hiermee het imago van politie en justitie kan worden bewaakt.¹²¹¹ Maar evenzeer speelt een rol dat voorkomen wordt dat gevoelige informatie wordt verstrekt.¹²¹² Wel reikt de invloed van het Openbaar Ministerie bij dergelijke samenwerkingsverbanden minder ver dan bij de inzet van opsporingsberichtgeving. Bepalingen over de samenstelling van de redactie en over aansprakelijkheidsverdelingen ontbreken bijvoorbeeld in het standaard mediacontract.

De gesignaleerde verschillen in de samenwerking tussen het Openbaar Ministerie enerzijds en private partijen anderzijds tonen aan dat samenwerkingsverbanden veel mogelijkheden bieden voor justitie om derden bij de opsporing te betrekken. Hierdoor is ruimte ontstaan voor modaliteiten van onderzoek die niet in het Wetboek van Strafvordering zijn geregeld.¹²¹³ Op zichzelf acht ik dit niet bezwaarlijk, omdat de gegevensuitwisseling moet voldoen aan daarvoor toepasselijke juridische kaders. Hierdoor zijn deze samenwerkingen juridisch omlijnd. Dat neemt niet weg dat de hiervoor besproken voorbeelden illustreren dat de zoektocht naar wederzijds nut die in convenanten centraal staat niet per definitie tot een evenwichtige verdeling van verantwoordelijkheden tussen de betrokken partijen leidt. Een grotere nadruk op de verantwoordelijkheden van het Openbaar Ministerie lijkt kader in dit kader dan ook wenselijk.¹²¹⁴

¹²¹⁰ Zie bijv. HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1792, *NJ* 2015/363 m.nt. Schalken. Zie nader hfd. 5 §2.3.3.

¹²¹¹ Beunders & Muller 2005, p. 215-218.

¹²¹² Zie bijv. art. 3.7 (het opsporingsbelang kan ertoe leiden dat het maken van beeld- en geluidsopnamen gestaakt moet worden) en art. 7 (er kunnen geheimhoudingsverklaringen worden vereist) Standaard Mediacontract Openbaar Ministerie (niet gepubl.).

¹²¹³ Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 28 828, nr. 96 over de inzet van artsen bij signalen en verdenkingen van fraude in de zorg. Deze artsen krijgen patiëntendossiers in te zien en zij stellen op basis daarvan vast hoe vaak een bepaalde behandeling heeft plaatsgevonden. Deze dossiers worden vervolgens geanonimiseerd doorgezonden naar de officier van justitie, op basis waarvan het opsporingsonderzoek vorm kan krijgen. Dit proces wordt met verschillende juridische waarborgen omgeven. Zo vindt er een onafhankelijke toets plaats door een juridisch deskundige of de inzet van een arts in een individuele zaak gerechtvaardigd is.

¹²¹⁴ Zie nader hfd. 6 §4.

7. Reflectie

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de bijdragen van burgers aan de opsporing, zonder dat zij een bevoegdheid uitoefenen die het Wetboek van Strafvordering aan hen toekent. Leidraad vormden de normeringen die te vinden zijn in het Wetboek van Strafrecht, het Burgerlijk Wetboek en in specifieke wet- en regelgeving. Gebleken is dat het recht op privacy een belangrijke rol speelt bij de normering van burgeronderzoek. Zo vinden de onderzochte strafbepalingen hun oorsprong in dit grondrecht. Door de horizontale werking van grondrechten werkt het recht op privacy ook door in de positie van burgers onderling. Naar voren is gekomen dat de grenzen van burgeronderzoek ruim worden getrokken. Daar zijn verschillende redenen voor aan te wijzen. Soms is de gecreëerde ruimte inherent aan het toepasselijke wettelijke kader. Zo is de normering van burgeronderzoek geen concreet doel van de onderzochte wet- en regelgeving. Deze insteek vertaalt zich soms in ruime normen, die slechts gedeeltelijk vorm geven aan de kaders van burgeronderzoek. Daarnaast bestaat er een grote variatie in burgeronderzoek, zowel wat betreft de aangewende onderzoeksmethoden, als in wie het onderzoek verricht. Afhankelijk van door wie, of de manier waarop, het burgeronderzoek is verricht, kunnen de toepasselijke grenzen ruimer worden getrokken.

Deze redenen maken dat een duidelijke begrenzing van burgeronderzoek ontbreekt.¹²¹⁵ Wanneer bij die vaststelling wordt betrokken dat er slechts beperkte jurisprudentie over de toepassing van de strafrechtelijke en civielrechtelijke normen op particuliere onderzoeksactiviteiten is, roept dit vragen op over de in de vorige hoofdstukken besproken uitgangspunten van de opsporing. Want hoe wordt de opsporing bewaakt, indien de wet en de jurisprudentie weinig beperkingen opleggen aan het particuliere initiatief? En in het verlengde hiervan: hoe wordt de kwaliteit van de opsporing bewaakt? Aan de hand van de in de vorige hoofdstukken verkende uitgangspunten (het primaat van de opsporing ligt bij de overheid en diezelfde overheid is verantwoordelijk voor de kwaliteit van de opsporing) kan gereflecteerd worden op hoe burgeronderzoek zich verhoudt met de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de strafvordering. Daarbij verdient opmerking dat het verkennende karakter van dit hoofdstuk zich niet leende voor een bespreking van alle facetten van burgeronderzoek. Hoewel dit betekent dat niet elke steen kon worden omgedraaid, bieden de gemaakte keuzes in dit hoofdstuk voldoende houvast om een antwoord te geven op de opgeworpen vragen.

¹²¹⁵ Aldus ook Embregts 2003, p. 55.

Voor de beantwoording van de voornoemde vragen, kan aansluiting gezocht worden bij de bespreking van de positie van onderzoeksjournalisten en particuliere rechercheurs in de opsporing. Bij beide categorieën burgers is een spanningsveld zichtbaar tussen hun handelen en (het waarborgen van) de uitgangspunten van de opsporing. Zo ontstond door de opkomst van de particuliere recherche de angst voor ‘particuliere machtsvorming’. Niet uit te sluiten valt dat dit zou kunnen tornen aan de overheidstaak tot opsporing, bijvoorbeeld omdat particulieren zich tot de particuliere recherche wenden en daarmee de politie passeren. In dat licht bezien is het begrijpelijk dat de toenadering die overheid de laatste jaren zoekt tot de particuliere recherche kritisch wordt gevolgd. Enerzijds is deze samenwerking in lijn met de in hoofdstuk 2 besproken ontwikkeling waarin om een bijdrage van de burgers aan de strafrechtspleging wordt gevraagd. Anderzijds kan dit zijn weerslag hebben op de integriteit van de overheid in het kader van de opsporing. Illustratief is de overtreding van de normen uit het Wetboek van Strafrecht door een door de gemeente ingeschakeld particulier recherchebureau, waardoor volgens de rechtbank het risico bestaat dat de gemeente ‘het overheidsgezag in haar geheel blameert’.¹²¹⁶ Ook de parlementaire discussies over het ontoereikende toezicht op deze beroepsgroep, illustreren de keerzijde van publiek-private samenwerking in de opsporing.

De positie van journalisten is van een andere orde. Zo komt hen, met een beroep op de vrijheid van nieuwsgaring en de daaraan gerelateerde democratische functie die zij uitoefenen, een relatief grote bescherming toe. In de jurisprudentie van de Hoge Raad en het EHRM wordt het belang benadrukt van journalisten om aandacht te vestigen op maatschappelijke misstanden. Dergelijke misstanden kunnen de kwaliteit van een opsporingsonderzoek betreffen. Het werk van journalisten kan een positieve, corrigerende invloed hebben op de kwaliteit van de opsporing. Die positieve invloed is echter geen vanzelfsprekendheid. De strafzaak en de civiele procedure tegen een bekende opiniepeiler tonen de fricties aan die ontstaan indien onderzoeksresultaten niet worden omarmd door politie en justitie.

In dit speelveld hebben de verantwoordelijkheden van de overheid vorm gekregen. Voor de particuliere recherche geldt in beginsel dat zij aan hetzelfde wettelijke kader gebonden is als de ‘gewone’ burger. Dit wordt benadrukt in de privacygedragscode voor particuliere recherchebureaus, waarin voornamelijk de voor iedereen geldende normen uit het Wetboek van Strafrecht en het Burgerlijk Wetboek inzake onderzoeksmethoden worden opgesomd. De regulering van de particuliere recherche gaat echter verder. Zo maakt de Wpbr particuliere recherchebureaus vergunningplichtig. Aan deze wet- en regelgeving ligt de positieve verplichting van de Staat ten grondslag om inbreuken op de privacy van burgers te voorkomen. De explicitering uit de gedragscode is een

¹²¹⁶ Zie in §3.4 aangehaalde uitspraak Rb. Rotterdam 14 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0274.

welkome aanvulling op de normering van burgeronderzoek, hoewel kanttekeningen zijn te plaatsen bij de (te) ruime kaders die in deze gedragscode zijn neergelegd. In de literatuur is gewezen op de risico's van professioneel georganiseerde particuliere recherchebureaus voor de privacy van burgers. Gesteld kan worden dat de genoemde verduidelijking van het wettelijk kader de belangen en rechten van burgers dient. Daarnaast lijkt bij de invoering van de Wpbr de bescherming van de rol van de overheid bij de opsporing direct of indirect een rol te hebben gespeeld. Om de integriteit van de opsporing te bewaken, bepaalt de Wpbr dat opsporingsambtenaren niet werkzaam mogen zijn bij een particulier recherchebureau. Door dit verbod is de particuliere recherche op afstand van de politie gezet.

Het werk van journalisten brengt minder risico's mee voor de verantwoordelijkheden van de overheid. Inperking van de onderzoeksmogelijkheden door journalisten zal veelal afstuiten op de bescherming die journalisten op grond van artikel 10 EVRM toekomt. Maar ondanks de functie van 'publieke waakhond', kent het werk van journalisten zijn juridische beperkingen. Die beperkingen komen tot uitdrukking als de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) met het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) in botsing komt. Bij de afweging tussen deze grondrechten betreft de Hoge Raad verschillende factoren, waaronder de gevolgen voor de beschuldigde. De nadruk hierop is van belang, daar een persoon op wie verdachtmakingen zijn gericht weinig bescherming geniet. De media staan, net als professioneel georganiseerde particuliere recherchebureaus, veelal in een sterke positie ten opzichte van de persoon op wie de verdachtmaking zich richt. Deze persoon zal zelf actief voor bescherming moeten zorgen, bijvoorbeeld door het doen van aangifte of door een actie uit onrechtmatige daad in te stellen. Hoewel uit de jurisprudentie blijkt dat rechters oog hebben voor de kwetsbare positie van het onderzoekssubject van particulier speurwerk, betreft dit een inherent risico van burgeronderzoek.

Ondanks de voormelde risico's, houdt de overheid zich voornamelijk afzijdig van het domein van burgeronderzoek. De geformaliseerde samenwerkingsverbanden tussen de Staat enerzijds en de particuliere recherche en onderzoeksjournalisten anderzijds, zijn in dit kader illustratief. Er is een groot contrast tussen de normering binnen en de normering buiten de kaders van het Wetboek van Strafvordering. Bij opsporingsberichtgeving staat de betrokkenheid van de Staat op de voorgrond, terwijl bij de samenwerking met particuliere recherchebureaus het Openbaar Ministerie juridisch op afstand is gezet. Dit verschil kan grotendeels verklaard worden door het feit dat opsporingsberichtgeving een strafvorderlijke bevoegdheid is en omdat de noodzakelijke controle moeilijk vorm is te geven. Desondanks is het opvallend dat deze juridische duiding de betreffende verantwoordelijkheidsverdeling in deze mate beïnvloedt. Nu in de kern beide samenwerkingsverbanden zien op een

bijdrage aan de opsporing, kan worden afgevraagd of het huidige stelsel voldoende prikkels geeft aan het Openbaar Ministerie om tot een gebalanceerde verdeling van verantwoordelijkheden te komen.

Resumerend kan gesteld worden dat de verhouding tussen het opsporingsapparaat en burgeronderzoek complex is. Naar voren is gekomen dat burgeronderzoek een bijdrage kan leveren in situaties dat lacunes (dreigen te) ontstaan in de rechtshandhaving. Soms is de overheid zich bewust van deze lacunes, zoals bij de samenwerkingsverbanden met particuliere recherchebureaus, en soms gaat het om blinde vlekken van het opsporingsapparaat, zoals bij media-aandacht die onterechte veroordelingen aan het licht brengen. Bij deze opvulling van hiaten in de rechtshandhaving dringt zich een vergelijking op met burgerbijstand, waar immers geconstateerd is dat burgers een vergelijkbare rol innamen. Toch is de rol van particulieren buiten de strafvorderlijke kaders van een andere orde. Het eigen initiatief van burgers staat in burgeronderzoek veel meer centraal. Door middel van strafbepalingen, samenwerkingsverbanden en toezicht heeft de overheid invloed op burgeronderzoek, maar deze invloed is veel beperkter dan bij burgerbijstand. De kwaliteit van de opsporing kan hierdoor – zij het in beperkte mate – bewaakt worden. De benutting van het potentieel van burgeronderzoek leidt echter tot moeilijkheden. Zo lijkt de overheid bij de positionering van de particuliere recherche te schipperen tussen 'kans en bedreiging'.¹²¹⁷ De samenwerking tussen beide partijen lijkt gericht op het benutten van kansen, maar met de regulering van de particuliere recherche wordt ook onderkend dat zij een bedreiging kunnen vormen voor de privacy van burgers en de overheidstaak tot opsporing. De verhouding tussen de opsporing en de onderzoeksjournalistiek is zo bezien een stuk minder gecompliceerd. Het uitgangspunt van de overheid en de jurisprudentie is dat de vrijheid van nieuwsgaring bescherming verdient, waardoor relatief veel ruimte bestaat voor de onderzoeksjournalistiek. Zodoende is de positie van burgeronderzoek en de daaraan gerelateerde risico's voor de verantwoordelijkheden van de overheid in de opsporing sterk afhankelijk van de invulling van dit begrip. Een alomvattend kader, zoals dat bij de burgerbijstand bestaat, is niet voorhanden, maar dit is door de verspreiding van de normering over verschillende wetboeken en rechtsgebieden ook niet te verwachten. Daarbij komt dat een heldere positionering van burgeronderzoek pas mogelijk is als gekeken wordt naar de strafvorderlijke reactie op door burgers aangebracht bewijs in strafzaken. Hier wordt in het volgende hoofdstuk bij stilgestaan.

¹²¹⁷ Van Dijk & De Waard 2001, p. 39 en 40.

V DE STRAFVORDERLIJKE BETEKENIS VAN DOOR BURGERS VERKREGEN BEWIJS

1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de strafvorderlijke reactie op door burgers verkregen bewijs. In het bijzonder gaat het om de eventuele sanctionering van onrechtmatige bewijsgaring door particulieren. In de voorgaande hoofdstukken is het voorportaal van de voornoemde strafvorderlijke reactie verkend, te weten de onrechtmatigheden die plaats kunnen vinden bij het vergaren van bewijs door derden. Of, en zo ja welke, consequenties verbonden moeten worden aan deze bewijsgaring wordt in dit hoofdstuk verkend. Aangezien een strafvorderlijke reactie ook afhankelijk kan zijn van de wijze waarop de overheid omgaat met door derden aangedragen bewijs, wordt eveneens aandacht besteed aan de omgang van politie en justitie met *rechtmatig* verkregen bewijs. Daarmee wordt duidelijk welke implicaties de rol van de burger in de opsporing kan hebben voor het strafproces.

Om tot een antwoord te komen op de onderzoeksvraag van dit hoofdstuk (*Onder welke omstandigheden worden rechtsgevolgen verbonden aan (on)rechtmatige burgerbijstanden-onderzoek?*), wordt allereerst stilgestaan bij de achtergronden van de sanctionering van vormverzuimen. Vervolgens wordt het Wetboek van Strafvordering besproken. In paragraaf 2.3.1 wordt ingegaan op artikel 359a Sv, waarin de rechterlijke reactie op vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek is neergelegd. In paragraaf 2.3.2 wordt tevens aandacht besteed aan artikel 482a lid 4 Sv, waarin, in het kader van de herziening ten nadele, beperkingen zijn gesteld voor de bruikbaarheid van door burgers verkregen bewijs. In paragraaf 2.4 wordt gereflecteerd op de rol van het EVRM ten aanzien van de sanctionering van particuliere bewijsgaring. In de afsluitende paragraaf worden de voornaamste bevindingen gepresenteerd en wordt de deelvraag beantwoord.

2. Pijlers van de strafvorderlijke reactie op particulier onderzoek

2.1 Inleiding

Het oordeel van de strafrechter over de bruikbaarheid van rechtmatig en onrechtmatig, dat wil zeggen in strijd met het geschreven of ongeschreven recht,¹²¹⁸ verkregen bewijs afkomstig van derden vormt het juridisch sluitstuk van de rol van de burger in de opsporing. Of het door burgers vergaarde bewijs ook daadwerkelijk gebruikt kan worden in het strafproces is een vraag die niet enkel beantwoord kan worden aan de hand van de in de vorige hoofdstukken verkende grenzen van particuliere bewijsgaring. Het is aan de rechter overgelaten om eventueel consequenties te verbinden aan de wijze van bewijsgaring. Deze rol van de rechter doet uiteraard niet af aan de verantwoordelijkheid van de betrokken officier van justitie voor de inzet van derden bij de opsporing, maar de jurisprudentie leert dat de rechter zich vaak moet uitspreken over de toelaatbaarheid van het door burgers verkregen bewijs. Vaststaat dat het wettelijk kader zich als zodanig niet verzet tegen de inbreng van door burgers vergaard bewijsmateriaal. Door de burger opgenomen gesprekken kunnen bijvoorbeeld als eigen waarneming door de rechter, of via een proces-verbaal waarin de inhoud van de gesprekken wordt weergegeven, als wettig bewijsmiddel worden gebruikt.¹²¹⁹ Deze route had het Hof Amsterdam bijvoorbeeld bewandeld, toen het met een babyfoon opgenomen telefoongesprekken als bewijsmiddel bezigde.¹²²⁰ De toelaatbaarheid van dergelijk door particulieren vergaard bewijs komt echter in een ander daglicht te staan indien aan de particuliere bewijsgaring onrechtmatigheden kleven. In de voormelde zaak kon de bewijsgaring bijvoorbeeld als onrechtmatig worden bestempeld, omdat de persoon die de opname maakte geen deelnemer was aan de bewuste telefoongesprekken.¹²²¹ Het is vervolgens aan de rechter om te bepalen of een strafvorderlijke reactie, bijvoorbeeld in de vorm van bewijsuitsluiting, in beeld komt. De toets die de rechter aanlegt in een dergelijke situatie, bepaalt de ruimte voor de rol van de burger in de opsporing. Zo zal een strenge toets het nut van de inzet van burgers ontnemen, indien deze informatie toch niet gebruikt kan worden als startinformatie

¹²¹⁸ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 25. Zie nader Embregts 2003, p. 45-47.

¹²¹⁹ Resp. art. 339 lid 1 sub 1 (eigen waarneming) en art. 339 lid 1 sub 5 jo. 344 lid 1 sub 2 Sv (schriftelijk bescheiden).

¹²²⁰ Hof Amsterdam 29 juni 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AF3387.

¹²²¹ Zie ook hfd. 4 §3.3.

of als bewijs.¹²²² Daar is in ieder geval sprake van als het door burgers vergaarde bewijs onbetrouwbaar is. In dat geval zal de rechter het bewijs terzijde moeten schuiven.¹²²³ Het gebruik van dergelijk bewijs verhoudt zich immers niet met één van de centrale doelen van het strafrecht: de waarheidsvinding.¹²²⁴ Een meer open houding van de rechter ten overstaan van door derden aangedragen bewijs zal daarentegen meer ruimte creëren om particulieren in de opsporing te betrekken. In de voormelde zaak leidde het middel dat zich richtte op de door particulieren vergaarde bewijsmiddelen niet tot cassatie.¹²²⁵ Aan dat oordeel lag ten grondslag dat politie en justitie geen bemoeienis hebben gehad met de bewijsgaring. Zoals hierna zal blijken, betreft dit een belangrijk gezichtspunt bij de vraag of aan onrechtmatige bewijsverkrijging door derden strafprocessuele gevolgen worden verbonden.

In de jurisprudentie wordt een eventuele strafvorderlijke reactie op het door burgers vergaarde bewijs afhankelijk gesteld van de zelfstandigheid waarmee de burger onderzoekshandelingen heeft verricht. Drie situaties kunnen worden onderscheiden. Ten eerste kunnen burgers de in hoofdstuk 3 besproken vormen van burgerbijstand uitoefenen. Ten tweede kunnen particulieren zelfstandig onderzoekshandelingen verrichten, waarbij de overheid het handelen van burgers dusdanig stuurt dat deze onderzoekshandelingen onder de verantwoordelijkheid van de overheid vallen. Ten slotte kunnen – zoals in hoofdstuk 4 naar voren is gekomen – burgers zonder sturing van de overheid onderzoek verrichten.

Om het onderscheid tussen deze categorieën en de daaraan te verbinden sancties te kunnen verklaren, zal worden ingegaan op de ‘pijlers’ van de strafvorderlijke reactie op particulier onderzoek. Deze relevante achtergronden van de sanctionering van onrechtmatigheden in de bewijsverkrijging worden in de volgende subparagrafen verkend. Achtereenvolgens worden de dogmatiek, het Wetboek van Strafvordering en het EVRM besproken.

¹²²² Zie nader hfd. 3 §3.4.3. In overeenstemming met Bleichrodt 2003, p. 41 bestaat er in mijn ogen geen substantieel verschil in de toetsing van de rechter van startinformatie en bewijs inzake een eventuele sanctionering. Zie bijv. HR 11 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC9998, *NJ* 1995/537 m.nt. Corstens en HR 10 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0748, *NJ* 1997/723. Anders: Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 351 die van oordeel zijn dat in het kader van startinformatie minder snel een schending van artikel 8 EVRM wordt aangenomen.

¹²²³ Nijboer 2011, p. 139-146, Dubelaar 2014, p. 367-395 en meer in het bijzonder Brinkhoff 2014, p. 54 en 55.

¹²²⁴ Buruma 2009, p. 323. Zie hfd. 2 §4.3.

¹²²⁵ HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9038, *NJ* 2003/288 m.nt. Buruma.

2.2 De dogmatiek

2.2.1 De doelen van strafvorderlijke reacties op vormverzuimen

Door rechtsgevolgen te verbinden aan vormverzuimen kunnen verschillende doelen worden nagestreefd. Deze doelen zijn in de literatuur uitgewerkt in relatie tot bewijsuitsluiting, maar ook voor strafvermindering en de sanctie van niet-ontvankelijkheid zijn zij van waarde.¹²²⁶ Ten eerste is er het effectiviteitsdoel. Met dit argument wordt gedoeld op het preventieve effect dat uitgaat van het uitsluiten van bewijs. Normconform gedrag van de overheid wordt op die manier gestimuleerd. Als tweede kan het demonstratieargument genoemd worden. Bewijsuitsluiting wordt in dat geval gebruikt om te demonstreren dat (ook) de overheid gebonden is aan de wet. Ten slotte is er het reparatieargument. Het herstel van de oude situatie staat daarbij voorop, waardoor de burger – zo is de gedachte – in de situatie wordt gebracht alsof zijn rechten nooit waren geschonden.

Deze rechtsdoelen zijn in de literatuur ontwikkeld, maar zijn niet in de wet verankerd. Toch zijn de besproken rechtsdoelen van belang. Zo heeft de Hoge Raad in 2013 een arrest gewezen waarin de doeleinden van bewijsuitsluiting naar voren komen. Uit dit nog nader te bespreken arrest volgt dat de Hoge Raad in drie situaties bewijsuitsluiting op zijn plaats acht.¹²²⁷ Ten eerste kan bewijsuitsluiting noodzakelijk zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Ten tweede kan bewijsuitsluiting volgen in het geval van een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, waarbij deze sanctie toegepast wordt als ‘rechtsstatelijke waarborg en als middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden’.¹²²⁸ Ook in het geval dat het recht op een eerlijk proces niet noopt tot een strafvorderlijke reactie en er geen sprake is van een zeer ingrijpende vormfout, kan bewijsuitsluiting volgen indien hieruit een normerende werking uitgaat op de praktijk van opsporing en vervolging. De toepassing van bewijsuitsluiting is in dat geval gericht op het sanctioneren van structurele vormfouten. Uit deze uitspraak komt naar voren dat het preventieve effect dat van bewijsuitsluiting valt te verwachten door de Hoge Raad relevant wordt geacht. Als dit wordt teruggekoppeld op de doelen die verbonden kunnen worden aan de toepassing van het uitsluiten van bewijs, heeft het effectiviteitsdoel een plaats in de benadering van de Hoge Raad gekregen.¹²²⁹ Het wegnemen van de gevolgen van de onrechtmatigheid voor de verdachte komt in het voormelde arrest niet naar voren en evenmin illustreert dit arrest de gebondenheid van de overheid aan de wet. In het

¹²²⁶ Fokkens 1991, p. 227 en 228, Embregts 2003, p. 104-107 en Corstens & Borgers 2014, p. 817-819.

¹²²⁷ Zie nader §2.2.1.2 van dit hfd.

¹²²⁸ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.5, *NJ* 2013/308 m.nt. Keulen.

¹²²⁹ Keulen in zijn noot bij HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308.

arrest uit 2013 kan een bevestiging worden gelezen van hetgeen in de literatuur al eerder werd geconstateerd: het controleren van het handelen van de politie staat niet centraal.¹²³⁰ De toetsing van de Hoge Raad lijkt tegenwoordig te zijn toegesneden op een oordeel over de positie van de verdachte, meer in het bijzonder de eerlijkheid van zijn proces, waarbij slechts beperkt ruimte bestaat om te reageren op excessen die niet betrekking hebben op artikel 6 EVRM. Die beperkte ruimte wordt ingekleurd door het effectiviteitsdoel (bij een ingrijpende inbreuk) en het, hieraan verwante, tegengaan van structurele vormfouten (bij een structureel vormverzuim).

2.2.2 De betekenis voor burgeronderzoek en -bijstand

Gezien de relevantie van de ratio achter strafvorderlijke reacties is het nuttig om de voornoemde argumenten te koppelen aan de positie van de burger in de opsporing. In de literatuur is verkend in hoeverre de genoemde rechtsdoelen nopen tot het uitsluiten van onrechtmatig door burgers verkregen bewijs. Meijers stelt in het geval er geen overheidsbemoeienis is geweest bij de bewijsgaring door burgers, de argumenten pro bewijsuitsluiting in principe niet tot een strafvorderlijke reactie nopen. Het effectiviteitsdoel is er niet mee gediend, omdat er geen bemoeienis is geweest vanuit de overheid. Het demonstratieargument dwingt evenmin tot bewijsuitsluiting, omdat de rechterlijke macht hiermee niet een middel in handen heeft om onrechtmatig overheidshandelen te corrigeren.¹²³¹ Bleichrodt heeft hieraan toegevoegd dat het reparatieargument net zo min tot een andere conclusie moet leiden. Hij plaatst dit argument in het kader van de verhouding tussen de strafvorderlijke autoriteiten als overheidsinstanties en de burger, waarbij bewijsuitsluiting niet in de rede ligt omdat 'de regels inzake bewijsgaring in strafzaken in de eerste plaats zijn gericht tot de strafvorderlijke autoriteiten'.¹²³² De drie argumenten die in de literatuur voor bewijsuitsluiting worden aangevoerd, laten dan ook weinig ruimte voor het uitsluiten van door particulieren aangedragen bewijs.

De opvattingen van de voornoemde auteurs kunnen in principe onderschreven worden. De argumenten pro bewijsuitsluiting bieden weinig ruimte om sancties te verbinden aan onrechtmatig burgeronderzoek. Toch kunnen twee nuanceringen worden gemaakt bij deze analyse. Ten eerste kan op de achtergrond van de voornoemde rechtsdoelen worden gewezen. In de kern wordt de toepasbaarheid van de rechtsdoelen afgedaan op de grond dat deze argumenten, direct of indirect, gericht zijn op de overheid en derhalve niet aansluiten bij gedragingen van derden met wie politie of justitie geen bemoeienis heeft gehad. Dit is in overeenstemming met de oorspronkelijke doelen van bewijsuitsluiting zoals die in de Verenigde Staten – de

¹²³⁰ Zie bijv. Buruma 2002, p. 207 en Röttgering 2013, p. 214 en 215.

¹²³¹ Meijers 1983, p. 60.

¹²³² Bleichrodt 2003, p. 41 en 42.

bakermat van het sanctioneren van vormverzuimen – zijn ontwikkeld.¹²³³ Bovendien is het Wetboek van Strafvordering gericht op de strafvorderlijke overheid, waardoor het begrijpelijk is dat de argumenten voor bewijsuitsluiting zijn terug te leiden op deze overheid. Desondanks is het de vraag of hiermee voldoende recht wordt gedaan aan de veranderde opsporingspraktijk. In hoofdstuk 2 is gebleken dat burgers een steeds belangrijkere rol spelen in de opsporing van strafbare feiten. Het is om die reden de vraag of de positie van de onderzoekende burger niet meer zou moeten doorklinken in de genoemde rechtsdoelen. In deze context kan het voorstel van Brinkhoff genoemd worden, die pleit voor de invoering van het ‘profijtargument’. De strekking hiervan is dat ‘het niet hoort dat de overheid (lees: de politie en het OM) de vruchten plukken dan wel profiteren [sic] van grove door burgers begane onrechtmatigheden’.¹²³⁴ Hiermee wordt de nadruk gelegd op de verantwoordelijkheid van een integer handelend Openbaar Ministerie voor het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs.¹²³⁵ Door deze nadruk op de beginselen van behoorlijke procesorde, komt de rol van de burger in de opsporing meer tot uitdrukking. Voor een tweede nuancering kan gewezen worden op de beperkte zeggingskracht van de voornoemde rechtsdoelen. Borgers merkt in dit kader op: ‘Afhankelijk van het gewicht dat men aan elk van de argumenten toekent, kan men zowel een ruimhartige als een restrictieve toepassing van artikel 359a Sv bepleiten.’¹²³⁶ De genoemde doelen laten ruimte voor interpretatie, waardoor zij volgens deze auteur weinig houvast bieden bij de invulling van artikel 359a Sv. Bovendien is hiervoor geconstateerd dat de rechtsdoelen niet in de wet zijn neergelegd. Ook om die reden moet terughoudend worden omgegaan met het verbinden van consequenties aan de besproken doeleinden.

2.3 Het Wetboek van Strafvordering

Hiervoor is de sanctionering van door burgers aangedragen bewijs theoretisch ingekaderd. De vervolgvraag is welke ruimte de wet geeft om dergelijk bewijs te gebruiken in een strafzaak. Nu het verbinden van sancties aan de wijze van bewijsgaring plaatsvindt in een strafvorderlijke context, biedt het Wetboek van Strafvordering een beginpunt voor deze verkenning. Daarom wordt hierna stilgestaan bij twee bepalingen uit dit wetboek, te weten artikel 359a Sv en artikel 482a lid 4 Sv.

¹²³³ Kuiper 2010, p. 98 citeert onder andere uit het arrest *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 485 (1928): ‘Our Government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. [...] If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy.’

¹²³⁴ Brinkhoff 2008, p. 83.

¹²³⁵ Brinkhoff 2014, p. 41.

¹²³⁶ Borgers 2012b, p. 260.

2.3.1 Artikel 359a Sv

2.3.1.1 Achtergrond

In 1996 is met de invoering van artikel 359a Sv de rechterlijke reactie op vormverzuimen van een wettelijke basis voorzien.¹²³⁷ Tot de jaren '70 van de vorige eeuw werd het veelal niet tot het domein van de strafrechter gerekend om het handelen van de politie en het Openbaar Ministerie in het voorbereidend onderzoek te controleren.¹²³⁸ De strafrechter was gebonden aan de nietigheden die uit de wet volgden, zoals de voorschriften inzake de samenstelling van een rechterlijk college, maar deze zogenaamde formele nietigheden boden weinig ruimte voor een strafvorderlijke reactie op vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek.¹²³⁹ Deze stand van zaken werd met instemming aanvaard door Enschedé, die stelde: 'in ons strafrecht past niet een bestrijding van onwettige opsporings- en verhoorsmethoden met de sancties van nietigheid van het daaruit voortvloeiende bewijsmiddel'.¹²⁴⁰ Hij beschouwde bewijsuitsluiting als ondoelmatig, omdat dit in zijn ogen geen effect had op het proces van rechterlijke oordeelsvorming, maar enkel op de motivering van het vonnis. Hij omarmde daarmee het uitgangspunt dat het aan de wetgever werd overgelaten om consequenties te verbinden aan onrechtmatigheden in de opsporing.

Toch was vanaf de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 een proces gaande van een zekere 'emancipatie' van de rechter ten opzichte van de wetgever.¹²⁴¹ Reeds kort na de invoering van het Wetboek van Strafvordering werden in de jurisprudentie formele nietigheden gerelativeerd en ontstond er in de rechtspraak ruimte om rechtsgevolgen te verbinden aan onregelmatigheden die niet in de wet waren neergelegd.¹²⁴² Deze onafhankelijke opstelling van rechters werd versterkt door de opkomst van het EVRM en de daarmee samenhangende aandacht voor de bescherming van fundamentele rechten. Tevens resulteerde de interesse voor de beginselen van behoorlijke procesorde, in het bijzonder de procedurele beginselen, in een meer autonome positie van de zittende magistratuur.¹²⁴³ Rechters kregen hierdoor meer handvatten om de bescherming van de rechten van de verdachte vorm te geven.¹²⁴⁴

¹²³⁷ Wet van 14 september 1995, *Stb.* 1995, 441.

¹²³⁸ Kuiper 2014, p. 8. Illustratief zijn art. 199 en 256 Sv, waarin met zoveel woorden is neergelegd dat onregelmatigheden in het voorbereidend onderzoek niet tot nietigheid kunnen leiden indien het onderzoek ter terechtzitting is aangevangen.

¹²³⁹ Zie bijv. art. 268 lid 2 Sv.

¹²⁴⁰ Enschedé 1966, p. 517. Vgl. de noot van Pompe bij HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470: 'de vraag [...], of een bewijsmiddel op onbehoorlijke wijze is verkregen, bijv. in strijd met rechten, aan de verdachte toekomend, staat veeleer ter beantwoording aan de wetgever'.

¹²⁴¹ Corstens 2008, p. 164 en Kuiper 2014, p. 26.

¹²⁴² Deze in de rechtspraak geschapen nietigheden worden ook wel aangeduid als 'essentiële' of 'substantiële' nietigheden.

¹²⁴³ Zie Cleiren 1989, p. 316-331 over het verschil tussen de beginselen van behoorlijke procesorde en de verdragsrechten.

¹²⁴⁴ Zie nader Kuiper 2014, p. 26-29.

De voorgaande ontwikkelingen effenden de weg voor de arresten van de Hoge Raad waarin rechtsgevolgen werden verbonden aan onrechtmatige bewijsverkrijging. In het eerste arrest waarin de Hoge Raad rechtsgevolgen verbond aan onrechtmatige bewijsgaring was tegen de wil van de verdachte bloed afgenomen. Een wettelijke grondslag ontbrak hiervoor. De Hoge Raad oordeelde dat het bewijs dat hierdoor verkregen was niet kon meewerken aan de veroordeling van de verdachte. Het gebruik van dit bewijs zou naar het oordeel van de Hoge Raad in strijd zijn met de ‘strekking van het WvSv’, waarbij bedoeld werd op het waarborgen van de garanties die het Wetboek van Strafvordering bood, zoals – in de betreffende zaak – de bescherming van de lichamelijke integriteit.¹²⁴⁵

In latere jurisprudentie is de toetsing aan verdragsrechten en de beginselen van een behoorlijke procesorde verder op de voorgrond komen te staan. Hierdoor is het buitenwettelijke sanctiearsenaal tot wasdom gekomen. Deze ontwikkeling werd door het parlement met argusogen gevolgd, zeker daar deze ontwikkeling afweek van hetgeen de wetgever van 1926 voor ogen stond. Met name de ruimte die in de rechtspraak ontstond om vormverzuimen te sanctioneren werd kritisch ontvangen.¹²⁴⁶ Het beeld ontstond dat rechters te ingrijpende consequenties verbonden aan ‘kleine’ onrechtmatigheden. Dit voedde de maatschappelijke gedachte dat de aanvankelijke terughoudendheid van de Hoge Raad te ver de andere kant doorgeschoten was, een stelling die overigens enige relativisering behoeft.¹²⁴⁷ Het maatschappelijk ongenoegen leidde ertoe dat de minister van Justitie, Korthals-Altes, een herbezinning op de sanctionering van vormverzuimen noodzakelijk achtte, hoewel hij zijn pleidooi stelde op de fictie dat de *equality of arms* inmiddels (te weten: in 1987) was bereikt en een strikte sanctionering bij overtreding van de regels van het Wetboek van Strafvordering daardoor niet meer noodzakelijk was.¹²⁴⁸

Als reactie op de genoemde maatschappelijke en politieke onvrede werd de Commissie-Moons ingesteld. Deze commissie was onder meer belast met het doen van onderzoek naar de gevolgen van vormverzuimen in het strafrecht. In haar rapport ‘Recht in vorm’ werden voorstellen gedaan voor een herijking van wettelijke sancties, welke voorstellen uiteindelijk aan de basis lagen van de in 1996 ingevoerde Wet

¹²⁴⁵ HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470 m.nt. Pompe. Zie Fokkens 1981, p. 63 en 64.

¹²⁴⁶ Zo liet Tweede Kamerlid Kosto zich kritisch uit over een vormfout die ‘heeft geleid tot de lijfelijke vrijheid van een man die schuld heeft’. Zie *Handelingen II* 1978/79, 33, p. 2144.

¹²⁴⁷ Spong 1993, p. 916 en 917 wijst bijvoorbeeld op het gebrek aan feitelijke ondersteuning van de maatschappelijke onvrede. Van Ruth, Gunther Moor & Stal 1994, p. 187 en 188 stellen dat de berichtgeving vaak incompleet is en daardoor een ‘beduidend somberder beeld over het functioneren van Justitie’ naar voren komt dan dat gerechtvaardigd was. Hierop reageerde minister van Justitie Sorgdrager dat zij de motieven die aan de Wet vormverzuimen ten grondslag lagen niet allemaal omarmde, waaronder de maatschappelijke onvrede over het functioneren van het strafproces. Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23 705, nr. 6, p. 1.

¹²⁴⁸ *Stcrt.* 29 september 1987, nr. 187, p. 1 en 10.

vormverzuimen.¹²⁴⁹ De commissie stelde onder andere een herziening van de rolverdeling tussen de rechter en de wetgever voor. Waar het oorspronkelijk de wetgever was die de lijnen uitzette waarlangs een rechterlijke reactie op de niet-naleving van wettelijke voorschriften zijn beslag kreeg, stelde toenmalig minister van Justitie Hirsch Ballin – op aangeven van de Commissie-Moons – dat thans de rechter beter in staat zou zijn om te reageren op vormverzuimen die niet uit de wet blijken. Dit werd onderbouwd met de stelling dat ‘de omstandigheden waaronder vormverzuimen worden begaan sterk uiteen kunnen lopen en dientengevolge de gevolgen aanzienlijk kunnen verschillen’.¹²⁵⁰ Het vertrouwen in de rechtspraak dat in dit citaat doorklinkt wordt genuanceerd door de ratio achter artikel 359a Sv; het artikel houdt met name een inperking in van de rechterlijke vrijheid om te reageren op vormverzuimen.¹²⁵¹ Onomwonden wordt in de memorie van toelichting dan ook gesteld dat het wetvoorstel ten doel heeft ‘een bijdrage te leveren aan het terugdringen van de ongewenste gevolgen die aan vormverzuimen in het strafproces worden verbonden’.¹²⁵² Tegen de achtergrond van de eerder behandelde maatschappelijke en politieke weerstand tegen een al te vrije toepassing van sanctionering van vormverzuimen is dit verklaarbaar.

2.3.1.2 Inhoud artikel 359a Sv

Bij de vormgeving van artikel 359a Sv is op hoofdlijnen het voorstel van de Commissie-Moons gevolgd.¹²⁵³ Zo wordt bij de toepassing van dit artikel het herstel van het verzuim vooropgesteld.¹²⁵⁴ Gedacht kan worden aan het ontbreken van de verslaglegging van de opsporingsambtenaren in het strafdossier, welk euvel mede hersteld kan worden door het overdragen van een evaluatierapport van de feitelijke gang van zaken in appel.¹²⁵⁵ Indien herstel niet meer mogelijk is, komt de sanctionering van vormverzuimen in beeld. Aan de toepasselijkheid van artikel 359a Sv worden verschillende eisen gesteld. Zo vindt deze bepaling geen toepassing indien het rechtsgevolg van het vormverzuim reeds uit de wet blijkt.¹²⁵⁶ Evenmin zijn vormverzuimen die zien op de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen die aan de rechter-commissaris zijn of hadden

¹²⁴⁹ Wet van 14 september 1995, *Stb.* 1995, 441.

¹²⁵⁰ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 25 en Corstens 1993, p. 53.

¹²⁵¹ Anders: Brinkhoff 2016, p. 109, die stelt: ‘het lijkt uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest om de mogelijkheden van strafprocessuele sanctionering door de feitenrechter te beperken’.

¹²⁵² *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 1.

¹²⁵³ Het voorstel van de Commissie-Moons om ook het onderzoek ter terechtzitting onder de reikwijdte van art. 359a Sv te scharen werd niet gevolgd. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 24.

¹²⁵⁴ Corstens 1993, p. 53.

¹²⁵⁵ HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, *NJ* 2011/169 m.nt. Schalken.

¹²⁵⁶ Zie bijv. art. 21 lid 4 Sv, waarin de niet-naleving van de voorschriften rondom de samenstelling van de raadkamer tot nietigheid kan leiden.

kunnen worden voorgelegd, onder dit artikel te scharen.¹²⁵⁷ Tot slot is van belang dat sanctionering enkel is toegestaan voor vormen die verzuimd zijn bij het voorbereidend onderzoek (tegen de verdachte).¹²⁵⁸ Ingevolge artikel 132 Sv betreft dit het onderzoek dat aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat, waarvan in hoofdstuk 2 reeds is geconstateerd dat hieronder de opsporing gedurende het voorbereidend onderzoek valt.¹²⁵⁹ Onrechtmatigheden in het kader van de opsporing vallen daardoor onder de in artikel 359a Sv bedoelde vormverzuimen.¹²⁶⁰ Bij de sanctionering zal de rechter rekening moeten houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.¹²⁶¹ Deze opsomming is volgens de Hoge Raad niet limitatief; rechters kunnen ook andere factoren in aanmerking nemen.¹²⁶² Een dergelijke wegingsfactor is bijvoorbeeld de ernst van het delict. De Hoge Raad heeft hieromtrent overwogen dat de rechter bij de toepassing van bewijsuitsluiting kan betrekken of de sanctie 'opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een — mogelijk zeer ernstig — strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing.'¹²⁶³ Dit impliceert dat bewijsuitsluiting bij bagatel delicten die leidt tot vrijspraak minder bezwaarlijk is dan indien de uitsluiting van het bewijs tot gevolg heeft dat de verdachte van een levensdelict op vrije voeten komt. Deze wegingsfactor dient uiteraard niet af te doen aan de rechtsstatelijke vereisten waaraan politie en justitie zich dienen te conformeren.¹²⁶⁴

Het arsenaal aan strafvorderlijke reacties is beperkt tot strafvermindering, bewijsuitsluiting en de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. De Hoge Raad heeft hieraan toegevoegd dat de strafrechter ook kan volstaan met het constateren van een vormverzuim, zonder daar een strafvorderlijke reactie aan te

¹²⁵⁷ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma, r.o. 3.4.2. Zie nader, met de nodige nuances, Loyson 2015.

¹²⁵⁸ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma. Zie voor een relativisering van de Schutznorm ten aanzien van het verschoningsrecht van de advocaat bijv. HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2749, *NJ* 2014/462 m.nt. Schalken.

¹²⁵⁹ Hfd. 2 §4.2.

¹²⁶⁰ HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1473, *NJ* 1999/565 m.nt. Schalken, waarin de Hoge Raad overweegt: 'Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet [vormverzuimen, EM] blijkt dat de wetgever een ruim begrip 'vormverzuim' voor ogen had en dat daaronder met name ook zijn begrepen normschendingen bij de opsporing.'

¹²⁶¹ Art. 359a lid 2 Sv.

¹²⁶² HR 25 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9204, *NJ* 2002/625 m.nt. Schalken.

¹²⁶³ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308 m.nt. Keulen.

¹²⁶⁴ Corstens & Kuiper 2013, p. 60.

verbinden.¹²⁶⁵ Deze uitbreiding is terug te voeren op de strekking van artikel 359a Sv, dat een bevoegdheid en niet een verplichting tot sanctionering schept.¹²⁶⁶ Uit de voornoemde toevoeging door de Hoge Raad volgt dat er een onderscheid gemaakt kan worden tussen de constatering van een onrechtmatigheid en het verbinden van een sanctie. De in het verleden geuite kritiek dat deze facetten niet altijd goed in evenwicht waren, kan hiermee ondervangen worden.¹²⁶⁷

Zoals gezegd is het bij de invoering van de Wet vormverzuimen aan de rechter overgelaten om de strafvorderlijke reactie op onrechtmatigheden vorm te geven. In een standaardarrest uit 2004 heeft de Hoge Raad de door de wetgever aangereikte handschoen opgepakt, door een invulling te geven aan artikel 359a Sv.¹²⁶⁸ In het zogenoemde ‘afvoerpijparrest’ heeft de Hoge Raad aangegeven in welke gevallen een sanctie moet worden verbonden aan een vormverzuim in het voorbereidend onderzoek. Na een uiteenzetting van de hiervoor besproken uitgangspunten, wordt aangegeven onder welke omstandigheden de sanctionering van vormverzuimen in beeld komt.

Strafvermindering komt volgens de Hoge Raad slechts in aanmerking indien ‘aannemelijk is dat: (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is’. De Hoge Raad reserveert bewijsuitsluiting voor situaties waarbij bij ‘de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden’. Voor de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie wordt aansluiting gezocht bij een eerder door de Hoge Raad aangelegd criterium, te weten het Zwolsman-criterium, inhoudende dat de met ‘de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan’.¹²⁶⁹

Aan de hand van het hiervoor besproken arrest heeft het leerstuk van artikel 359a Sv zich ontwikkeld. De reikwijdte van dit hoofdstuk leent zich niet tot een uitputtende beschrijving van deze ontwikkeling, maar enkele constateringingen zijn desalniettemin van belang. Vastgesteld kan worden dat de Hoge Raad zeer terughoudend is om

¹²⁶⁵ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376 m.nt. Buruma.

¹²⁶⁶ Dit volgt ook uit de aanhef van art. 359a Sv, waarin staat dat ‘de rechtbank kan [cursivering EM]’ bepalen dat sancties worden verbonden aan vormverzuimen.

¹²⁶⁷ Fokkens 1981, p. 69.

¹²⁶⁸ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376 m.nt. Buruma.

¹²⁶⁹ HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, NJ 1996/249 m.nt. Schalken.

rechtsgevolgen te verbinden aan onregelmatigheden in het voorbereidend onderzoek. Zo kan het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, niet worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang,¹²⁷⁰ komen rechtsgevolgen niet in beeld indien de verdachte niet is geschonden in het belang dat het betreffende voorschrift beoogt te beschermen (de zogenaamde *Schutznorm*)¹²⁷¹ en gelden strenge motiveringseisen voor de wegingen en waardering van de wettelijke beoordelingsfactoren uit artikel 359a lid 2 Sv.¹²⁷²

Een gevolg van de strenge toetsing door de Hoge Raad is dat de weg naar de zwaarste sanctie, de niet-ontvankelijkheid, goeddeels is afgesneden. Die tendens is ook zichtbaar bij de strafvorderlijke reactie op bijdragen van burgers aan de opsporing. Waar bij burgerbijstand niet-ontvankelijkheid niet snel in beeld komt,¹²⁷³ is deze sanctie bij burgeronderzoek helemaal uitgesloten.¹²⁷⁴ In dat geval komt enkel bewijsuitsluiting of strafvermindering in beeld. Om de ratio hierachter te verklaren zal worden stilgestaan bij de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van bewijsuitsluiting.

In 2013 heeft de Hoge Raad een overzichtsarrest gewezen waarin het toetsingskader voor de toepassing van bewijsuitsluiting is uitgewerkt.¹²⁷⁵ De Hoge Raad onderscheidt drie situaties. Allereerst kan artikel 6 EVRM geschonden zijn. In dat geval bestaat er weinig ruimte om van toepassing van bewijsuitsluiting af te zien. De Hoge Raad noemt als voorbeeld het niet naleven van de voorschriften van de raadsman bij verhoor.¹²⁷⁶ Ten tweede kan het recht van de verdachte op een eerlijk proces niet (rechtstreeks) aan de orde zijn, maar bewijsuitsluiting toch noodzakelijk zijn in het geval dat 'een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel' in aanzienlijke mate is geschonden. In dat geval dient de sanctie als rechtsstatelijke waarborg en als middel om toekomstige vergelijkbare schendingen te voorkomen. De toepassing van bewijsuitsluiting komt in beeld indien het vormverzuim heeft geresulteerd in een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van verdachte. In dat geval kan de rechter meewegen in hoeverre toepassing van bewijsuitsluiting opweegt tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten voor — kort gezegd — de waarheidsvinding en de belangen van slachtoffers. De Hoge Raad verwijst ter illustratie naar een arrest uit 2007, waarin lijfsvisitatie had plaatsgevonden waarvoor een toereikende wettelijke grondslag ontbrak. Bijzonder is dat de Hoge Raad ook buiten deze gevallen ruimte ziet voor bewijsuitsluiting. Indien het recht op een eerlijk proces niet noopt tot bewijsuitsluiting en er evenmin sprake

¹²⁷⁰ HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673, *NJ* 2012/145 m.nt. Borgers.

¹²⁷¹ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004/376 m.nt. Buruma.

¹²⁷² Zie bijv. HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2775.

¹²⁷³ Zie bijv. HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0655, *NJ* 2010/440 m.nt. Schalken.

¹²⁷⁴ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, *AAe* 2000, p. 117 m.nt. Buruma.

¹²⁷⁵ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308 m.nt. Keulen.

¹²⁷⁶ HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken.

is van een ingrijpende inbreuk op een grondrecht van verdachte, kan onder zeer uitzonderlijke omstandigheden tot bewijsuitsluiting worden overgegaan indien uit objectieve gegevens blijkt dat het desbetreffende vormverzuim ‘zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen’. Deze op zichzelf al uitzonderlijke situatie wordt door de Hoge Raad verder gerelativeerd door de toevoeging dat de enkele vaststelling door de rechter van een dergelijk structureel verzuim onvoldoende is om tot bewijsuitsluiting over te gaan. Dat ligt slechts anders indien ‘aannemelijk is geworden dat die toepassing [van bewijsuitsluiting, EM] in de gegeven omstandigheden daadwerkelijk de beoogde normerende werking op de praktijk van opsporing en vervolging zal hebben’. Vervolgens is daarbij van belang wat de oorzaak is van het vormverzuim en welke handelingen door de verantwoordelijke autoriteiten zijn genomen om de overtreding van het bewuste voorschrift te voorkomen. Met al deze voorwaarden dringt de vraag zich op welke situaties de Hoge Raad voor ogen heeft. Enige verwantschap met deze derde categorie vormt het zogenaamde ‘weekendje weg’, waarbij het Openbaar Ministerie de in verzekeringstelling doelbewust langer liet doorlopen. Deze onrechtmatige toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen werd door de Hoge Raad als een vormverzuim beschouwd.¹²⁷⁷ Hoewel in dat geval bewijsuitsluiting niet in de rede ligt, is er in die situatie sprake van een structureel verzuim. Desondanks is het gezien de hoge muren die de Hoge Raad heeft opgeworpen de vraag of ook in dat geval voldaan wordt aan de voornoemde vereisten. Zo is het vereiste van een ‘beoogde normerende werking’, ondanks de handvatten die de Hoge Raad hierbij biedt, een erg abstracte toets die een welhaast profetische blik van de rechter vereist. Het volgens Kuiper beoogde doel van het op peil houden ‘van het rechtsstatelijk niveau in de opsporing en vervolging’, verdwijnt hierdoor in mijn ogen al snel aan de horizon.¹²⁷⁸ De vraag dringt zich dan ook op naar de toegevoegde waarde van deze uitzondering.

2.3.1.3 De betekenis van artikel 359a Sv voor burgeronderzoek en -bijstand

In de vorige subparagraaf zijn de sancties die de rechter kan verbinden aan onrechtmatige bewijsverkrijging besproken. Daarbij is stilgestaan bij de inperking van de sanctioneringsmogelijkheden door de wetgever (en in navolging: de Hoge Raad). Onder meer is besproken dat artikel 359a Sv enkel in beeld komt indien vormverzuimen zijn begaan in het *voorbereidend onderzoek*. Deze afbakening heeft tot gevolg dat het handelen van burgers niet in alle gevallen tot een strafvorderlijke reactie op grond van artikel 359a Sv kan leiden. Enkel het handelen van burgers die ingevolge artikel 132a Sv

¹²⁷⁷ HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2173, NJ 2012/299 m.nt. Reijntjes.

¹²⁷⁸ Kuiper 2014, p. 548.

onder het gezag van de officier van justitie onderzoekshandelingen verrichten – veelal de op het Wetboek van Strafvordering geënte bevoegdheden – valt onder het bereik van artikel 359a Sv.¹²⁷⁹

De zogeheten ‘Goudsnip’-zaken zijn in dit kader illustratief. De (toenmalige) CIE ‘runde’ een informant die in ruil voor een financiële beloning informatie verstreekte over (mogelijke) strafbare feiten. Via deze informant kreeg de CIE kennis van een op handen zijnde levering van vals geld. De herkomst van deze informatie was – zo bleek later – terug te voeren op het handelen van de informant, die diverse malen bij verdachte X geïnformeerd had hoe hij aan vals geld kon komen. De aan de CIE geleverde informatie leidde tot de aanhouding van een groep personen. In de rechtszaken tegen de verdachten stond het handelen van de CIE-informant centraal. De in hoofdstuk 3 besproken problematiek van het afgeschermd informantentraject speelde hierbij een belangrijke rol. De zaaksofficier van justitie was in eerste instantie niet bekend met de betrokkenheid van de CIE-informant. Vervolgens leidde een kortgedingprocedure door de betreffende informant tot het oordeel van de kortgedingrechter dat het Openbaar Ministerie zoveel mogelijk moest doen om de identiteit van de informant af te schermen.¹²⁸⁰ De afscherming van informatie leidde tot het verwijt van het hof aan het Openbaar Ministerie dat het de verdachten en hun raadsman niet tijdig geïnformeerd had over handelen van de CIE-informant. Volgens het hof had dit wel gemoeten, omdat deze informatie van invloed had kunnen zijn op de te nemen eindbeslissing en (daardoor) op beslissingen inzake de voorlopige hechtenis. Daarnaast achtte het hof het toezicht van de CIE op de informant onder de maat. Hierdoor kon de informant, voor wiens handelen de overheid in die context verantwoordelijk is, verdachte X uitlokken tot het begaan van strafbare feiten. In de andere zaken achtte het hof het Tallon-criterium niet geschonden, omdat de verdachten niet gebracht waren tot andere strafbare feiten dan waarop hun opzet gericht was. Toch waren tegen de achtergrond van de voornoemde factoren alle verdachten tekortgedaan in het recht op een eerlijke behandeling van hun zaak, aldus het hof. Het Openbaar Ministerie werd niet-ontvankelijk verklaard.

De Hoge Raad zette een streep door de meeste arresten.¹²⁸¹ Enkel in de strafzaak tegen verdachte X hield hij de niet-ontvankelijkheid in stand.¹²⁸² In de zaken waarin de Hoge Raad casceerde werd de overweging van het hof dat tekort is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van de zaak niet begrijpelijk bevonden, omdat van uitlokking geen sprake was. Bovendien wilde het hof met de niet-ontvankelijkheid

¹²⁷⁹ Zie bijv. HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:477, NJ 2014/352 m.nt. Schalken.

¹²⁸⁰ Kenbaar uit Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 29 279, nr. 110, p. 243.

¹²⁸¹ Zie HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BLO613, NJ 2010/441 m.nt. Schalken; HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BLO656, NJ 2010/442 m.nt. Schalken; HR 11 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR3037; HR 7 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6784 en HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:637

¹²⁸² HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BLO655, NJ 2010/440 m.nt. Schalken.

de CIE en het Openbaar Ministerie doordringen van de ernst van de situatie. Dit leverde volgens de Hoge Raad echter onvoldoende grond op om het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie te ontzeggen. De Hoge Raad herhaalde de maatstaf uit het Zwolsman-arrest om uit te leggen in welke situatie de niet-ontvankelijkheid in beeld komt. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat van een dergelijke situatie sprake is 'ingeval de verdachte door een opsporingsambtenaar dan wel door een persoon voor wiens handelen de politie of het openbaar ministerie verantwoordelijk is, is gebracht tot het begaan van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd, terwijl zijn opzet tevoren niet reeds daarop was gericht'. Drie aspecten vallen hierbij op. Ten eerste is het instigatieverbod niet overtreden indien het opzet van de verdachte reeds gericht was op het begaan van het strafbare feit. Deze bestendige lijn van jurisprudentie probeerde het hof te omzeilen door het niet tijdig informeren van de verdachten het Openbaar Ministerie tegen te werpen.¹²⁸³ Het beroep op deze benadeling werd door de Hoge Raad op grond van de *Schutznorm* terzijde geschoven. Ten tweede verbindt de Hoge Raad de sanctie van niet-ontvankelijkheid aan de overtreding van het uitlokkingsverbod, terwijl in de rechtspraak van het EHRM bewijsuitsluiting in beeld komt.¹²⁸⁴ Als derde en meest in het oog springende aspect kan de toepasselijkheid van het Zwolsman-criterium worden genoemd, ingeval het Tallon-criterium wordt geschonden door iemand 'voor wiens handelen de politie of het openbaar ministerie verantwoordelijk is'. Het Zwolsman-criterium richt zich op de 'met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren', welke formulering op zichzelf geen ruimte biedt om een strafvorderlijke reactie te verbinden aan het handelen van burgers. Bij een schending van het Tallon-criterium heeft de Hoge Raad desondanks het toetsingskader van artikel 359a Sv van toepassing verklaard op het handelen van burgers die onder de verantwoordelijkheid van de overheid ressorteren. Dit is in lijn met de eerder geponeerde stelling dat artikel 359a Sv van toepassing is op burgers die onder het gezag van de officier van justitie onderzoekshandelingen verrichten.

Opmerkelijk is dat in het arrest waarin de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in stand is gebleven, de overheid geen instigerende rol heeft gespeeld bij de uitlokking door de informant. Dat de verantwoordelijkheid van de overheid toch wordt aangenomen, brengen Van der Bel, Van Hoorn en Pieters ertoe kritisch te spreken over een vorm van 'risicoaansprakelijkheid voor het TCI met betrekking tot alle handelingen van de informant'.¹²⁸⁵ Of het oordeel van de Hoge Raad zo verstrekkend kan worden geïnterpreteerd, moet worden afgewacht. Vaststaat dat het hof zijn oordeel over de verantwoordelijkheid van de overheid stoelde op twee bevindingen.

¹²⁸³ Zie HR 23 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2194, NJ 2001/218 m.nt. Buruma.

¹²⁸⁴ Zie EHRM 9 juni 1998, 44/1997, NJ 2001/471 m.nt. Knigge (*Teixeira de Castro/Portugal*).

¹²⁸⁵ Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 218.

De overheid betaalde tipgeld voor de verstrekte informatie en daarnaast constateert het hof een gebrek aan regie aan de zijde van de CIE en het Openbaar Ministerie. Deze combinatie van factoren is in mijn ogen redengevend voor het oordeel dat de overheid verantwoordelijk wordt gehouden voor handelingen die zij niet zelf heeft geïnstigeerd. Een effectief strafrecht heeft baat bij het gebruik van informanten, maar dit doel van effectiviteit behoort – zo kan het oordeel van de Hoge Raad worden verstaan – geen rem te zetten op de verantwoordelijkheden van de overheid om de rechten van de verdachte te waarborgen.

Voor de andere in dit hoofdstuk onderscheiden categorieën is de toepassing van artikel 359a Sv niet vanzelfsprekend. Burgeronderzoek valt buiten de kaders van artikel 359a Sv, omdat de bijdrage van burgers niet gestoeld is op artikel 132a Sv. Een tussencategorie vormen onderzoeksactiviteiten door burgers waarbij, kort gezegd, de overheid sturend heeft opgetreden. Het zal in dat geval afhangen van de mate van inmenging of de betreffende gedraging aan het Openbaar Ministerie kan worden toegerekend. In het geval dat de overheid een zekere bemoeienis heeft gehad, kan volgens Embregts de burger gezien worden als een ‘verlengstuk van de opsporingsactiviteiten van de overheid’.¹²⁸⁶ De betrokkenheid van opsporingsambtenaren staat in dat geval centraal, waardoor het toerekenen van het handelen van burgers aan het Openbaar Ministerie in de rede kan liggen, aldus Bleichrodt.¹²⁸⁷ Het handelen van deze categorie burgers wordt dan als het ware het (primair op de opsporingsinstanties geënte) Wetboek van Strafvordering ingetrokken, maar deze betrokkenheid is onvoldoende om dit handelen ook via artikel 359a Sv te sanctioneren. De enkele inmenging van opsporingsinstanties kan op zichzelf niet geduid worden als ‘het niet naleven van strafprocesrechtelijke geschreven en ongeschreven vormvoorschriften’.¹²⁸⁸ Dat is onder meer anders indien de door de overheid geïnstigeerde inzet van burgers niet conform artikel 1 Sv ‘gedekt’ is door een wettelijke bepaling, of – als een wettelijke grondslag wel aanwezig is – indien deze voorschriften niet zijn nageleefd. In deze systematiek kunnen de beperkingsclausules van het EVRM herkend worden: bij een ‘interference by a public authority’ is onder andere vereist dat de inmenging voorzien is bij wet.¹²⁸⁹ Om deze reden zal in paragraaf 2.3 worden stilgestaan bij de betekenis van het EVRM voor de vormgeving van de strafvorderlijke reactie op vormverzuimen. Alvorens aandacht te besteden aan deze Europeesrechtelijke dimensie, zal eerst een tweede bepaling uit het Wetboek van Strafvordering worden besproken die van betekenis kan zijn voor door burgers vergaard bewijs.

¹²⁸⁶ Embregts 2004, p. 686.

¹²⁸⁷ Bleichrodt 2003, p. 42 en 43.

¹²⁸⁸ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 25.

¹²⁸⁹ Art. 8 lid 2 en art. 10 lid 1 EVRM.

2.3.2 Artikel 482a lid 4 Sv

2.3.2.1 Achtergrond

In 2013 is na artikel 482 Sv een Tweede Afdeling toegevoegd, luidende: ‘Herziening ten nadele van de gewezen verdachte’.¹²⁹⁰ Door de in deze afdeling neergelegde bepalingen is het mogelijk om onder voorwaarden een onherroepelijke uitspraak van de strafrechter ten nadele van de gewezen verdachte te herzien. Een regeling voor de herziening ten nadele is lang onderwerp van debat geweest. Dat debat richtte zich onder meer op fundamentele vragen over een vermeende strijd met het *ne bis in idem*-beginsel en de vraag of internationale verdragen zich tegen de invoering van dit buitengewone rechtsmiddel verzetten.¹²⁹¹ Het in 2008 verstuurd conceptwetsvoorstel dat aan de regeling van artikel 482a e.v. Sv ten grondslag lag, werd dan ook niet zonder kritiek ontvangen. Zowees Van Hattumer op dat bij de mogelijkheid tot herziening ten nadele de gewezen verdachte ‘door het leven zal blijven gaan als opgejaagd wild’.¹²⁹² Particulieren zouden niet afgeremd worden in hun zoektocht naar bewijzen. Een dergelijke tendens ondermijnt in haar ogen uiteindelijk ook het gezag van justitie. Aan deze kritiek is deels tegemoetgekomen met de invoering van de bijzondere bewijsuitsluitingsregel uit artikel 482a lid 4 Sv. In dit artikel is neergelegd dat indien de bewijsmiddelen waarop de gronden voor de vordering tot herziening berusten het resultaat zijn van onderzoek dat niet overeenkomstig de wettelijke voorschriften heeft plaatsgevonden en er een inbreuk op een recht van de gewezen verdachte is gemaakt, deze informatie niet als bewijs in de strafzaak mag worden gebruikt. Met het betreffende artikel wil de minister waarborgen dat een onherroepelijke vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning in beginsel wordt gerespecteerd.¹²⁹³ Zodoende wordt getracht om de betreffende persoon te vrijwaren van onrechtmatige particuliere onderzoeksactiviteiten. Daarnaast lijkt deze regeling tevens te worden ingezet om normconform gedrag van burgers af te dwingen. Daarop hint de minister van Veiligheid en Justitie wanneer hij stelt dat de bijzondere bewijsuitsluitingsregel mede ingegeven is ‘door de overweging het risico op regeloverschrijdende bewijsgaring door particulieren, dat door het enkele bestaan van een mogelijkheid van herziening ten nadele in theorie kan worden gestimuleerd, te verminderen’.¹²⁹⁴

2.3.2.2 Inhoud artikel 482a lid 4 Sv

Met artikel 482a lid 4 Sv is een veel strenger bewijsuitsluitingscriterium geïntroduceerd dan uit artikel 359a Sv kan worden afgeleid. Onrechtmatig door burgers vergaard

¹²⁹⁰ Wet van 11 april 2013, *Stb.* 2013, 138.

¹²⁹¹ Zie bijv. Mevis 2007 en Bleichrodt 2008, p. 515.

¹²⁹² Van Hattum 2008, p. 683.

¹²⁹³ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 3, p. 18.

¹²⁹⁴ *Kamerstukken I* 2012/13, 32 044, C, p. 23.

bewijs leidt standaard tot bewijsuitsluiting, ook in het geval dat de strafvorderlijke overheid geen bemoeienis heeft gehad met deze particuliere gedragingen. Daarmee heeft de overheid een duidelijke grens getrokken voor deze bijdragen van burgers aan de opsporing. Omdat het vierde lid van artikel 482a Sv vereist dat het onderzoek door burgers in strijd is met de wet én er een inbreuk op een recht van de gewezen verdachte moet zijn gemaakt, laten deze cumulatieve voorwaarden desondanks ruimte om gebruik te maken van bewijs dat niet aan één van beide criteria voldoet. In het bijzonder moet gedacht worden aan door journalisten vergaard bewijs indien aan hen een beroep op de vrije nieuwsgaring toekomt. Door deze bewijsgaring kan een inbreuk op een recht van de gewezen verdachte zijn gemaakt, bijvoorbeeld op het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Tot een schending van een wettelijk voorschrift hoeft dit echter niet te leiden. In het vorige hoofdstuk is immers besproken dat artikel 10 EVRM de strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van journalisten kan inperken. Een succesvol beroep op de vrijheid van nieuwsgaring kan er dan ook toe leiden dat de inbreuk op een recht van de gewezen verdachte niet als onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW wordt beschouwd. Indien de journalist evenmin een strafbaar feit heeft gepleegd, wordt aan de cumulatieve voorwaarden die artikel 482a lid 4 Sv stelt niet voldaan. Hoewel sprake is van een inbreuk op een recht van de gewezen verdachte, is het onderzoek niet in strijd met de wet. Dit wordt door de minister erkend, maar een verdere uitbreiding van de bepaling om deze mogelijke lacune het hoofd te bieden zou tot het in zijn ogen ongewenste gevolg leiden dat ook rechtmatig door particulieren verkregen bewijs moet worden uitgesloten.¹²⁹⁵ Particuliere bewijsgaring wordt in beginsel dan ook niet ontmoedigd.¹²⁹⁶ Vanwege deze nuancerings op de bewijsuitsluitingsregel van artikel 482a lid 4 Sv, wordt er in de literatuur betwijfeld of de risico's van particulier onderzoek voldoende zijn ingedamd.¹²⁹⁷

2.3.2.3 De betekenis van artikel 482a lid 4 Sv voor burgeronderzoek en -bijstand

Tegen de hiervoor besproken achtergrond van artikel 482a lid 4 Sv is duidelijk dat deze bepaling is verankerd in de regeling van herziening. Binnen dat kader zijn beperkingen gesteld aan de bijdragen van burgers aan de waarheidsvinding. Gegeven deze verwevenheid met de herzieningsprocedure, heeft dit bewijsuitsluitingscriterium geen juridische implicaties voor de reguliere opsporing. Daarmee staat het juridisch kader vast, maar vanuit normatief oogpunt dringt zich de vraag op of het besproken criterium van waarde kan zijn buiten de daarvoor bedoelde kaders. Borgers geeft hiervoor een aanzet, door de vraag op te werpen of een op dit artikel geïnspireerde

¹²⁹⁵ *Kamerstukken I* 2012/13, 32 044, C, p. 21 en 22.

¹²⁹⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 3, p. 3.

¹²⁹⁷ Verlaan 2008, p. 2628 en Van Hattum 2012, p. 521.

wettelijke regeling niet wenselijk is om het handelen van burgers te normeren.¹²⁹⁸ Een antwoord op die vraag overstijgt de reikwijdte van dit hoofdstuk en wordt derhalve behandeld in het afsluitende, overkoepelende hoofdstuk. In dit hoofdstuk wordt niet verder stilgestaan bij deze bepaling.

2.4 Het EVRM

2.4.1 De artikelen 6 en 8 EVRM

Bij de sanctionering van vormverzuimen speelt het EVRM een belangrijke rol. Zo is reeds besproken dat bewijsuitsluiting veelal is aangewezen indien het in artikel 6 EVRM neergelegde recht op een eerlijk proces geschonden is. Deze rechtsregel is terug te voeren op de jurisprudentie van het EHRM. Hoewel het EHRM benadrukt dat de toelaatbaarheid van bewijs hoofdzakelijk een nationale aangelegenheid is, acht het Hof het wel van belang dat de procedure als geheel eerlijk is verlopen. Zoals Ölçer het verwoordt: ‘Trials must ultimately be fair, there is no national discretion to deviate from that ideal.’¹²⁹⁹ Daarbij lijkt het EHRM geen onderscheid te maken tussen het handelen van particulieren en het handelen van opsporingsambtenaren.¹³⁰⁰ In situaties waarin de ‘proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained’ in strijd komt met het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, zal een passende reactie moeten volgen om de procedure in zijn geheel ‘fair’ te laten verlopen.¹³⁰¹ Die passende reactie zal veelal niet gevonden worden in de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, omdat dit vaak te verstrekkende consequenties heeft in het licht van het geschonden voorschrift. Daarnaast repareert de enkele constatering van een vormverzuim of de toepassing van strafvermindering de geconstateerde onrechtmatigheid niet. Uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs dat de eerlijkheid van de procedure in zijn geheel raakt, bijvoorbeeld bij schending van het recht op een raadsman bij verhoor, ligt in dergelijke gevallen meer in de rede. Daarmee noopt de jurisprudentie van het EHRM tot een strafvorderlijke reactie, ondanks het feit dat het strafvorderlijk sanctioneren van vormverzuimen volgens het Straatsburgse Hof een nationale aangelegenheid is.

De kern van het proces staat daarmee vast: een eerlijk proces moet gewaarborgd zijn. De vervolgvraag die beantwoord moet worden, is welke invloed de overtreding

¹²⁹⁸ Borgers 2012a, p. 411 en 412.

¹²⁹⁹ Ölçer 2010, p. 124.

¹³⁰⁰ Aldus ook Lawson 2004, p. 199-201. Zie over het handelen van een privépersoon EHRM 12 juli 1988, 10862/84, NJ 1988/851 m.nt. Alkema (*Schenk/Zwitserland*) en over het handelen van een opsporingsambtenaar EHRM 12 mei 2000, 35394/97, NJ 2002/180 m.nt. Schalken (*Khan/Verenigd Koninkrijk*).

¹³⁰¹ Zie onder meer EHRM 25 september 2001, 44787/98, NJ 2003/670 m.nt. Dommering (*P.G. & J.H./Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 11 juli 2006, 54810/00, NJ 2007/226 m.nt. Schalken (*Jalloh/Duitsland*).

van de in het EVRM gewaarborgde rechten heeft op het recht op een eerlijk proces van de verdachte. Een onderscheid moet gemaakt worden tussen de constatering dat een bepaald in het EVRM neergelegd recht is geschonden en de vraag of daarmee het proces in zijn geheel nog eerlijk kan verlopen.¹³⁰² Deze afweging vergt een ‘an examination of the “unlawfulness” in question’, waarbij het EHRM waarde hecht aan de aard van het verdragsrecht waarop een inbreuk is gemaakt.¹³⁰³ In sommige gevallen is deze toets eenduidig toe te passen, zoals bij de schending van artikel 6 lid 3, aanhef en sub c EVRM (recht op rechtsbijstand).¹³⁰⁴ In bijna alle gevallen kan dan worden vastgesteld dat deze schending de eerlijkheid van de procedure als geheel schaadt. Bij de schending van andere deelrechten uit artikel 6 EVRM, of voor andere in het EVRM gewaarborgde rechten, liggen de kaarten veelal anders. Zo ook bij een schending van het recht op de eerbieding van de persoonlijke levenssfeer.

De bescherming van artikel 8 EVRM loopt als een rode draad door de regeling en de normering van burgeronderzoek en burgerbijstand. Zo ligt dit recht ten grondslag aan de wettelijke normering van burgerbijstand en zijn de strafrechtelijke én de civielrechtelijke begrenzingen van burgeronderzoek gestoeld op de vraag of al dan niet iemands privacy wordt geschonden. De normerende werking van het recht op privacy voor de rol voor de burger in de opsporing, maar zeker voor de opsporingspraktijk in zijn algemeenheid, kan dan ook niet onderschat worden.¹³⁰⁵ Tegen deze achtergrond van artikel 8 EVRM is het van belang hoe het EHRM dit recht positioneert ten opzichte van artikel 6 EVRM.

In de zaak Khan heeft het EHRM overwogen dat een schending van artikel 8 EVRM niet automatisch tot een schending van artikel 6 EVRM leidt.¹³⁰⁶ In deze zaak werd het huis van een vriend van de klager afgeluisterd. Deze vriend werd verdacht van de handel in drugs. Uit een opgenomen gesprek bleek de betrokkenheid van de klager bij de invoer van heroïne. Op grond hiervan werd hij vervolgd. Bij de nationale rechter en bij het EHRM speelde de vraag over de bruikbaarheid van het door de af luisterapparatuur opgenomen gesprek. Het Hof stelde een schending van artikel 8 EVRM vast, omdat er onvoldoende grondslag bestond voor het plaatsen van de apparatuur. De vervolgvraag of de procedure ‘as a whole’ nog ‘fair’ was, werd bevestigend beantwoord. Daarbij werden verschillende factoren betrokken, zoals het feit dat de klager voldoende mogelijkheden

¹³⁰² Zie nader Ölçer 2013, p. 373-375.

¹³⁰³ Zie bijv. EHRM 12 mei 2000, 35394/97, r.o. 34, *NJ* 2002/180 m.nt. Schalken (*Khan/Verenigd Koninkrijk*). Zie nader Kuiper 2014, p. 440-445.

¹³⁰⁴ Ook ten aanzien van bewijsmateriaal dat in strijd met art. 3 EVRM (verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen) is verkregen, komt de eerlijkheid van de gehele procedure snel in het geding. Zie bijv. EHRM 11 juli 2006, 54810/00, *NJ* 2007/226 m.nt. Schalken (*Jalloh/Duitsland*) en EHRM 30 juni 2008, 22978/05, *NJ* 2010/628 m.nt. Buruma (*Gäfgen/Duitsland*).

¹³⁰⁵ Aldus ook Knigge & Kwakman 2001, p. 170.

¹³⁰⁶ EHRM 12 mei 2000, 35394/97, *NJ* 2002/180 m.nt. Schalken (*Khan/Verenigd Koninkrijk*).

heeft gehad om het bewijs aan te vechten, de klager niet uitgelokt werd om uitlatingen te doen en het feit dat hoewel de klager enkel schuld had verklaard op basis van het voornoemde bewijs, de relevantie van het bestaan van ander bewijs afhangt van de omstandigheden van het geval. Bij dit laatste punt achtte het EHRM het van belang dat er bij een bandopname geen risico bestaat dat het bewijs onbetrouwbaar is, waardoor de noodzaak voor ondersteunend bewijs afneemt. Deze punten leidden er mede toe dat de ‘procedure as a whole’ als *fair* werd beschouwd.¹³⁰⁷ Voortbordurend op de eerdere bevindingen betekent dit dat bewijsuitsluiting niet altijd noodzakelijk is indien artikel 8 EVRM is geschonden. Deze rechtsregel is inmiddels stevig verankerd in de Nederlandse rechtspraak. Zo heeft de Hoge Raad overwogen dat aan een niet gerechtvaardigde inbreuk op het door artikel 8 lid 1 EVRM gewaarborgde recht in de strafprocedure tegen de verdachte geen rechtsgevolgen behoeven te worden verbonden, mits zijn recht op een eerlijk proces zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM wordt gewaarborgd.¹³⁰⁸

Het recht op het eerlijk proces vormt het kloppend hart vormt van het strafproces. Dit beeld wordt bevestigd in de Nederlandse rechtspraak, waarin in relatie tot vormverzuimen artikel 6 EVRM een centrale rol vervult.¹³⁰⁹ Desondanks biedt het EVRM ruimte voor een meer zelfstandige betekenis van artikel 8 EVRM. Het EVRM biedt ‘slechts’ een minimumniveau aan bescherming en een verdere bescherming van de verdachte is toegestaan. Borgers wijst er bijvoorbeeld op dat een strafproces niet alleen eerlijk moet zijn, maar ook een integer proces.¹³¹⁰ Dat aspect wordt ook door Röttgering benadrukt.¹³¹¹ De eerlijkheid van het proces hangt in haar ogen nauw samen met het waarborgen van de integriteit van de opsporing, een aspect dat zij in de benadering door de Hoge Raad onvoldoende vindt doorklinken. Zij is dan ook kritisch op de rechtsbescherming die uit de cassatierechtspraak naar voren komt. Dit kan worden onderschreven. Een toetsing aan (enkel) de eerlijkheid van het proces als bedoeld in artikel 6 EVRM marginaliseert in zekere zin andere fundamentele rechten van de verdachte. Gewaakt dient te worden voor een ‘race to the bottom’, waarbij het minimumniveau aan bescherming dat het EHRM vereist, als gulden regel voor sanctionering via artikel 359a Sv wordt toegepast. Een voorzichtige contra-indicatie voor deze hypothese kan gevonden worden in de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel dat bij een vormverzuim dat resulteert in een zeer ingrijpende inbreuk op (onder meer) artikel 8 EVRM, waarbij het recht op een eerlijk proces niet (rechtstreeks)

¹³⁰⁷ Aldus ook EHRM 25 september 2001, 44787/98, NJ 2003/670 m.nt. Dommering (P.G. & J.H./Verenigd Koninkrijk).

¹³⁰⁸ HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, NJ 2011/169 m.nt. Schalken.

¹³⁰⁹ Zie in dit kader HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.4, NJ 2013/308 m.nt. Keulen, waarin is overwogen dat bij een schending van artikel 6 EVRM de ruimte om af te wijken van bewijsuitsluiting ‘(zeer) beperkt’ is.

¹³¹⁰ Borgers 2012b, p. 272.

¹³¹¹ Röttgering 2013, p. 214 en 215.

aan de orde is, bewijsuitsluiting kan volgen.¹³¹² Maar ook voor deze in paragraaf 2.3.1.2 besproken uitzondering geldt dat er slechts beperkt ruimte bestaat om een inbreuk op artikel 8 EVRM te sanctioneren.

2.4.2 De betekenis van de artikelen 6 en 8 EVRM voor burgerbijstand

Op verschillende plaatsen in dit boek is besproken hoezeer het handelen van burgers in het kader van de opsporing een inbreuk kan maken op de grondrechten van het onderzoekssubject. Met name een schending van artikel 8 EVRM is niet uitgesloten. In het vorige hoofdstuk is dit artikel vanuit een horizontale verhouding belicht; een perspectief dat afwijkt van de verticale verhouding waarin het EVRM oorspronkelijk geworteld is. Die verticale wortels worden zichtbaar in de aanhef van het tweede lid van artikel 8 EVRM: ‘een inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover...’. Toegespitst op het onderhavige onderwerp volgt hieruit dat bij een geconstateerde inmenging door politie of justitie bij particuliere bewijsgaring die een inbreuk maakt op artikel 8 lid 1 EVRM, het handelen van het betreffende overheidsorgaan kan worden toegerekend aan de verdragsstaat.¹³¹³ Nu de overheid verantwoordelijk wordt gehouden voor het handelen van particulieren, is er in feite sprake van het toerekenen van het gedrag van een derde aan de overheid, maar dit staat in de systematiek van het EVRM niet centraal. In artikel 8 EVRM wordt immers gesproken over de ‘inmenging van enig openbaar gezag’, waardoor de bemoeienis van de overheid bij de bewijsverkrijging centraal staat en niet het toerekenen van het gedrag van die derde aan de overheid. Artikel 8 EVRM kan daarmee aangewezen worden als de schakel tussen particulieren en overheidsorganen. Dit kwam reeds aan de oppervlakte in het kader van de burger in de bijzondere opsporing. Het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel noopte tot een wettelijke grondslag voor het handelen van de burger in de Wet BOB, onder meer omdat deze gedragingen van particulieren een door de overheid geïnstigeerde inbreuk konden maken op het recht op de eerbieding van de persoonlijke levenssfeer. Via artikel 1 Sv en de daarin centraal staande bescherming van grondrechten is artikel 8 EVRM dan ook van betekenis voor de rol van de burger in de (bijzondere) opsporing.

Om in het geval van een geconstateerde inmenging niet tot een schending van het recht op privacy door de Staat te komen, zullen de beperkingsclausules uit artikel 8 lid 2 EVRM dienen te worden nageleefd. Een drietal vereisten wordt genoemd in dit artikel. Allereerst moet de inmenging bij wet zijn voorzien. Het begrip ‘wet’ wordt door het EHRM ruim uitgelegd. Hieronder valt zowel geschreven als ongeschreven recht en de term is bovendien niet beperkt tot wetten in formele zin. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM moet de wet tevens van een zekere kwaliteit zijn,

¹³¹² HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308 m.nt. Keulen.

¹³¹³ De Kruif 2012, p. 45 en 46.

waaronder de kenbaarheid (de regels moeten toegankelijk zijn), de voorzienbaarheid (burgers moeten hun gedrag kunnen afstemmen op de wet) en het voorkomen van willekeurige toepassing worden geschaard.¹³¹⁴ Als tweede vereiste om een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM te rechtvaardigen kan gewezen worden op de in lid 2 genoemde doelcriteria. Door de ruime strekking van deze criteria kan de opsporing hieronder worden geschaard.¹³¹⁵ Ten slotte moet worden vastgesteld of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. Dit betreft de meest omvattende toets. In de kern ziet deze toets op de vraag of er een ‘pressing social need’ bestond om een inbreuk te maken, de inbreuk relevant en toereikend was en of de inbreuk proportioneel was.¹³¹⁶

Een inbreuk op het eerste lid van artikel 8 EVRM door particulieren noopt op zichzelf niet tot een strafvorderlijke reactie. Dat is slechts anders indien (I) er sprake is van een relevante bemoeienis door de strafvorderlijke autoriteiten bij de particuliere bewijsgaring en (II) niet voldaan is aan de beperkingsclausules uit het tweede lid van artikel 8 EVRM. Bij voorwaarde (II) kan gedacht worden aan het ontbreken van een wettelijk kader voor het handelen van particulieren. In dat geval kan er sprake zijn van een vormfout die valt onder het bereik van artikel 359a Sv, omdat er een wettelijke basis ontbreekt voor een onderzoeksmethode die een inbreuk maakt op artikel 8 EVRM.¹³¹⁷ Op grond van dit voorzien bij wet-criterium¹³¹⁸ heeft het EHRM in drie arresten die zien op de hier besproken situatie van particuliere bewijsgaring een schending van artikel 8 EVRM aangenomen.¹³¹⁹ Voorstelbaar is dat het EHRM ook op grond van de andere beperkingsclausules een inbreuk op artikel 8 EVRM aanneemt, bijvoorbeeld indien de inzet van burgers niet proportioneel wordt bevonden (geen ‘pressing social need’). Deze beperkingsclausules zijn naar voren gekomen in het kader van de inzet van opsporingsberichtgeving. Bij de publicatie van opsporingsinformatie staat immers centraal of er niet een minder ingrijpende inbreuk op het privéleven van de verdachte openstond om tot een vergelijkbaar opsporingsresultaat te komen.¹³²⁰ Dit betreft dus een toetsing of de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte noodzakelijk is in een democratische samenleving, zoals neergelegd in het tweede lid van artikel 8 EVRM.

¹³¹⁴ Zie bijv. EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146 m.nt. Alkema (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 12 januari 2010, 4158/05, NJ 2010/325 m.nt. Dommering (*Gillan & Quinton/Verenigd Koninkrijk*). Zie nader Pool 2014, p. 80-82.

¹³¹⁵ Met name relevant is het doelcriterium ‘het voorkomen van [...] strafbare feiten’.

¹³¹⁶ Zie nader Pool 2014, p. 82-88.

¹³¹⁷ Zie in het algemeen Nijboer 2011, p. 122 en 123 en over de positie van particulieren Bleichrodt 2003, p. 43; Brinkhoff 2008, p. 76 en Kuiper 2014 p. 219.

¹³¹⁸ Deze term is ontleend aan Pool 2014, p. 80.

¹³¹⁹ EHRM 23 november 1993, 14838/89 (A./Frankrijk); EHRM 8 april 2003, 39339/98, EHRC 2003/45 m.nt. Mols (M.M./Nederland) en EHRM 25 oktober 2007, 38258/03, NJ 2008/584 m.nt. Dommering (Van Vondel/Nederland).

¹³²⁰ Zie nader hfd. 4 §6.2.

Of in reactie op de vormfout een sanctie moet volgen, is in beginsel afhankelijk van de vraag of de inbreuk op artikel 8 EVRM ook tot het gevolg heeft dat de procedure in zijn geheel niet meer als eerlijk kan worden beschouwd.¹³²¹ Het is onduidelijk of de rechtsregel dat ook bij een zeer ingrijpende inbreuk op artikel 8 EVRM, waarbij een inbreuk op artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, bewijsuitsluiting kan volgen, van betekenis is voor het onderhavige thema. De Hoge Raad heeft deze uitzonderingsregel gereserveerd ‘als middel om *met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren* te weerhouden van onrechtmatig optreden [cursivering EM]’. De gedragingen van particulieren kunnen niet onder deze gecursiveerde categorie worden geschaard. Afgevraagd kan worden of de Hoge Raad een dergelijke beperking voor ogen staat. De geformuleerde rechtsregel sluit aan bij het kader van het Wetboek van Strafvordering, waarin het de overheid is die opspoort. Deze focus op de meest reguliere vorm van strafvordering rechtvaardigt de gekozen formulering, zonder dat daaruit kan worden afgeleid dat de genoemde rechtsregel niet van toepassing is op door burgers begane onrechtmatigheden. Gewezen kan worden op Zwolsman-criterium, dat evenmin gericht is op het handelen van particulieren, maar waarvan gebleken is dat de Hoge Raad bij een schending van het Tallon-criterium het toepassingsbereik desondanks breder trekt.¹³²² Dit alles neemt niet weg dat artikel 6 EVRM de voornaamste ingang vormt om strafvorderlijke consequenties aan onrechtmatige burgerbijstand te verbinden. In de situatie dat het proces van de verdachte in zijn geheel niet meer als eerlijk kan worden bestempeld, ligt bewijsuitsluiting in de rede. Veelal is die sanctie de meest proportionele reactie waarmee artikel 6 EVRM kan worden gewaarborgd.

Uit dit schema volgt dat veel drempels moeten worden genomen om aan onrechtmatig handelen van burgers strafvorderlijke consequenties te verbinden. Geconstateerd kan worden dat volgens de systematiek van het EVRM strafvorderlijke consequenties *kunnen* worden verbonden in het geval van bemoeienis van de overheid bij het handelen van burgers, dat een inbreuk maakt op het eerste lid van artikel 8 EVRM. Om die reden wordt hierna stilgestaan bij de invulling van het inmengingscriterium in de jurisprudentie. De onrechtmatigheid die ten grondslag ligt aan de inbreuk op het eerste lid van artikel 8 EVRM wordt niet behandeld.

2.4.3 De toetsing van het inmengingscriterium door de Hoge Raad en het EHRM

Het inmengingscriterium geeft een helder en werkbaar kader in het geval er evident sprake is van inmenging van overheidszijde bij particuliere bewijsgaring en in de gevallen dat particulieren geheel zelfstandig bewijs hebben verkregen. Onder deze laatste categorie kan bijvoorbeeld de fouillering door de ordedienst van ijsstadion Thialf worden geschaard, waarvan het Hof Leeuwarden heeft vastgesteld dat ‘niet

¹³²¹ EHRM 12 mei 2000, 35394/97, NJ 2002/180 m.nt. Schalken (*Khan/Verenigd Koninkrijk*).

¹³²² Zie HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0613, NJ 2010/441 m.nt. Schalken en §2.3.1.3 van dit hfd.

gesteld is of aannemelijk geworden dat de politie iets te verwijten valt ter zake van de fouillering van verdachte door een ordedienst dan wel van de wijze waarop verdachte met de inbeslaggenomen middelen is overgedragen aan de politie'.¹³²³ Aan de andere kant van het spectrum staan particulieren die ingezet worden door politie en justitie. Een duidelijk voorbeeld vormen burgerinfiltranten en -informanten, hoewel de Goudsnip-zaken hebben aangetoond dat ook in die gevallen juridische complicaties kunnen ontstaan. Tussen deze twee uitersten bestaat een terrein waar het inmengingscriterium veel minder eenduidig is toe te passen. Dit grijze gebied roept de vraag op naar het omslagpunt van de verantwoordelijkheid van de burger en de overheid. Onder welke omstandigheden kan het handelen van burgers worden toegerekend aan de overheid?

In het inleidende hoofdstuk van dit boek is stilgestaan bij de strafzaak tegen M.M. In die zaak werd een vrouw lastiggevalen door de advocaat van haar man. Voor een goed begrip van deze zaak is de vaststelling van de feiten en omstandigheden door het Hof Den Haag van belang:¹³²⁴

- i. Op 9 november 1993 heeft de verdachte door geweld [slachtoffer 1] gedwongen tot het dulden van ontuchtige handelingen. Voorts heeft de verdachte op 15 augustus 1990 [slachtoffer 2] gedwongen tot het dulden van ontuchtige handelingen.
- ii. De echtgenoot van [slachtoffer 1], die in november 1993 gedetineerd was en voor wie de verdachte als raadsman optrad, heeft, nadat [slachtoffer 1] hem had verteld wat op 9 november 1993 was voorgevallen, hierover contact opgenomen met de politie. Dit heeft ertoe geleid dat de politie telefonisch contact heeft opgenomen met [slachtoffer 1], waarna zij op 23 november 1993 een gesprek met de verbalisant Raaijmakers heeft gevoerd over het doen van aangifte. Tijdens dit gesprek bestond twijfel bij [slachtoffer 1] of zij zou worden geloofd, mede gezien het beroep van de verdachte. Voordat zij het proces-verbaal met haar aangifte heeft ondertekend, heeft [slachtoffer 1] de vraag gesteld of niet meer bewijs van de aanranding op 9 november 1993 nodig zou zijn. In dat verband is met verbalisant Raaijmakers gesproken over het aansluiten van een cassette recorder op het telefoontoestel van aangeefster voor het vastleggen van van de verdachte te verwachten inkomende telefoongesprekken. Daarbij heeft verbalisant Raaijmakers aan [slachtoffer 1] gezegd, dat zij het gesprek op het onderwerp van de aanranding zou kunnen brengen.

¹³²³ Hof Leeuwarden 25 januari 1999, rolnr. 24.710.98 (niet gepubl., samenvatting in *NSr* 1999/166). Onder deze categorie kunnen onder meer geschaard worden: HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, *AAe* 2000, p. 117 m.nt. Buruma; HR 9 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1651, *NJ* 2000/422 m.nt. Schalken; HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9038, *NJ* 2003/288 m.nt. Buruma; HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4321, *NJ* 2003/527; HR 8 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3292, *NJ* 2006/136; HR 14 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7471, *NJ* 2007/179 m.nt. Buruma; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH8800, *NJ* 2009/261 en HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7501.

¹³²⁴ Hof Den Haag 16 juni 1995, kenbaar uit HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0642, *NJ* 1997/500 m.nt. 't Hart.

- iii. Na ondertekening door [slachtoffer 1] van de aangifte hebben politiemensen met goedvinden van [slachtoffer 1] bij haar thuis een cassette recorder aangesloten op haar telefoon. [slachtoffer 1], die omtrent de bediening van de apparatuur uitleg heeft gekregen van de politie, had ten aanzien van de bediening 'de volledige keuzevrijheid' omdat zij, buiten aanwezigheid van de politie, zelf bepaalde welke inkomende gesprekken met de recorder zouden worden opgenomen en zij de cassette recorder zelf in- en uitschakelde.
- iv. Vervolgens heeft [slachtoffer 1] een drietal inkomende telefoongesprekken met de verdachte op de band opgenomen. Het tweede gesprek is door de verdachte gevoerd met gebruikmaking van een autotelefoon. De cassettebandjes, waarop deze gesprekken zijn opgenomen, zijn door de politie uit de recorder gehaald en uitgetypt, en vervolgens als bijlage gevoegd bij het proces-verbaal van de politie.'

De zaak concentreerde zich op de (op zichzelf niet-onrechtmatige) bandopnamen en de vraag of de bemoeienis van de overheid geduid kon worden als een inmenging van de politie in het door artikel 8 lid 1 EVRM gewaarborgde recht van de verdachte.¹³²⁵ Vaststond dat de politie met toestemming van de officier van justitie de opnameapparatuur had verstrekt aan het slachtoffer en deze apparatuur ook had aangesloten. Tevens heeft de politie de suggestie gedaan om het gesprek te sturen in de richting van het betreffende onderwerp. Deze feiten bleken onvoldoende voor de Hoge Raad om een zodanige sturing door de politie aan te nemen, dat voldaan is aan het inmengingscriterium. De Hoge Raad wijdde hieraan de volgende rechtsoverweging:

'Het gaat immers in zijn kern om een (vrouwelijk) slachtoffer van een sexueel [sic] delict, welke vrouw voorshands geen ander bewijs heeft dan haar eigen verklaring en aan wie de politie informatie heeft gegeven over een mogelijkheid voor haar om aanvullend bewijs te verkrijgen en aan wie de politie vervolgens met het oog daarop praktische (technische) hulp heeft verleend voor het verrichten van bepaalde handelingen — het door die vrouw in haar eigen woning buiten aanwezigheid van de politie opnemen met een met hulp van de politie geplaatste geluidsband op haar eigen telefoonaansluiting van een inkomend telefoongesprek dat de dader met haar voert —, welke handelingen voor die vrouw, als gesprekspartner bij het opgenomen telefoongesprek, niet een bij de wet verboden handeling opleveren.'¹³²⁶

¹³²⁵ In hfd. 4 §3.3 is art. 139a lid 1 Sr besproken. Uit dit artikel volgt dat het af luisteren van een gesprek niet strafbaar is indien iemand een deelnemer is aan dat gesprek.

¹³²⁶ HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0642, r.o. 6.3.2, NJ 1997/500 m.nt. 't Hart. Vgl. HR 9 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1651, NJ 2000/422 m.nt. Schalken, waarin het ter beschikking stellen van opname apparatuur evenmin als inmenging in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM werd geduid en HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH8800, waarin de politie op instigatie van een persoon meeluisterde met een gesprek niet als inmenging werd geduid.

De betrokkenheid van de overheid bij de bandopnamen werd daarmee van ondergeschikt belang geacht. Dit oordeel werd aan het Hof in Straatsburg voorgelegd. In tegenstelling tot de Hoge Raad, achtte het EHRM wel een inmenging ‘by a public authority’ aanwezig.¹³²⁷ Daarbij haalde het Hof de zaak A. tegen Frankrijk aan.¹³²⁸ In die zaak belde een huurmoordenaar op het kantoor van de *commissaire divisionnaire* één van zijn opdrachtgevers. Een politieman nam het gesprek op en hield de opname onder zich. Deze feiten leidden tot het oordeel van het EHRM dat artikel 8 EVRM was geschonden. In de zaak M.M. overwoog het Hof dat een parallel getrokken kan worden met de Franse zaak. Volgens het EHRM leverde de politie “a crucial contribution to the execution of the scheme”, as well as being responsible for its inception’. Deze onderscheidende criteria kunnen gebruikt worden om al dan niet te spreken over een inmenging door een publieke autoriteit. Dat de vrouw die de opnamen had gemaakt ‘was in control of events’, deed naar het oordeel van het EHRM niet af aan de vaststelling dat van inmenging sprake was. ‘To accept such an argument’, zo stelde het Hof, ‘would be tantamount to allowing investigating authorities to evade their responsibilities under the Convention by the use of private agents’. Volgens het EHRM mag de inzet van particulieren er dan ook niet op neerkomen dat de strafvorderlijke verantwoordelijkheden van de overheid op burgers worden afgewenteld.¹³²⁹ Aangezien de toenmalig geldende toepasselijke wettelijke voorschriften niet waren nageleefd, werd een schending van artikel 8 EVRM aangenomen.¹³³⁰ De naar aanleiding van het door het EHRM gewezen arrest ingediende herzieningsaanvraag leidde tot een vermindering van de door het gerechtshof opgelegde geldboete.¹³³¹ Rechtsherstel in de vorm van niet-ontvankelijkheid werd door de Hoge Raad afgewezen, omdat het EHRM geen schending van het recht op een eerlijk proces had aangenomen. Daarmee werd aangesloten op de bredere benadering ten aanzien van strafvermindering, welke sanctie voornamelijk wordt ingezet ter compensatie van schendingen die buiten het bereik van artikel 6 EVRM vallen.¹³³²

De Straatsburgse uitspraak in de M.M.-zaak is niet zonder kritiek ontvangen. Die kritiek concentreerde zich met name op de dunne lijn die bestaat tussen de politie die onbestraft hulp verleent aan in nood zijnde burgers en het verbinden van strafvorderlijk consequenties aan dergelijke hulpverlening. In haar *dissenting opinion* in de zaak M.M. spreekt rechter Palm over ‘the delicate and difficult issue of evaluating the police’s

¹³²⁷ EHRM 8 april 2003, 39339/98, EHRC 2003/45 m.nt. Mols (M.M./Nederland).

¹³²⁸ EHRM 23 november 1993, 14838/89 (A./Frankrijk).

¹³²⁹ Aldus ook Corstens in zijn noot bij HR 11 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC9998, NJ 1995/537 en ‘t Hart in zijn noot bij HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZDO642, NJ 1997/500.

¹³³⁰ De voorwaarden uit art. 125f en 125g Sv (oud) omtrent de vereiste vordering van de r-c of officier van justitie waren niet nageleefd.

¹³³¹ HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8858, NJ 2007/453.

¹³³² Kuiper 2014, p. 575.

actions in relation to private persons'. Zij onderschrijft het oordeel van de Hoge Raad. Daarbij neemt ze de kwetsbare positie van de vrouw in overweging (haar woord tegenover dat van de verdachte), aan wie het was overgelaten om opnamen te maken. De parallel met de zaak A. tegen Frankrijk overtuigt haar niet, omdat die casus zich afspeelde in het gebouw van de politie en 'the whole operation was managed by the police in such a way that it came close to beginning a police investigation'. Zij rondt haar *dissenting opinion* af met de hoop dat de M.M.-uitspraak niet leidt tot het bemoeilijken van het werk van de politie en evenmin tot demotivering van de politie om het publiek te informeren en te helpen. In haar kritiek staat Palmer niet alleen. Myjer – vóór zijn tijd als rechter bij het EHRM – sluit zich aan bij haar betoog. In zijn ogen is de politie slechts behulpzaam geweest bij het handelen van de vrouw, die zelf de politie om hulp vroeg. Dat het EHRM de door de politie geboden hulp gelijktrekt met het ontwijken van strafvorderlijke verantwoordelijkheden, noemt hij zelfs 'dit EHRM onwaardig'.¹³³³ In de zaak Van Vondel tegen Nederland zag Myjer – in zijn rol als rechter bij het EHRM – zich genoodzaakt de door hem geponeerde stellingen te verduidelijken.¹³³⁴

De zaak-Van Vondel speelde in de nasleep van de Commissie-Van Traa. Het EHRM moest zich uitspreken over de vermeende overtreding van artikel 8 EVRM door een burgerinformant, die met behulp van door de Rijksrecherche aangeleverde apparatuur gesprekken opnam tussen hem en zijn 'runner'. Deze runner werd verdacht van meened. Waar de Hoge Raad aanvankelijk het middel waarin geklaagd werd over een schending van artikel 8 EVRM verwierp met een overweging als bedoeld in artikel 81 RO,¹³³⁵ oordeelde het Hof dat voldaan was aan het inmengingscriterium.¹³³⁶ In de zaak-Van Vondel schreef Myjer een *separate opinion*, waarin hij aangeeft waarom hij het oordeel van het EHRM in de zaak M.M. niet onderschreef en hij in het Van Vondel-arrest wel de actieve betrokkenheid van de overheid aannam. Doorslaggevend vond Myjer de actieve houding van de informant, die op initiatief van de overheid de opnamen verzorgde. Het Straatsburgse oordeel over de zaak-Van Vondel wekt geen verbazing. Burgerinformanten die informatie verzamelen over hun 'runner' zijn bij uitstek burgers die onder het gezag van de overheid onderzoekshandelingen verrichten. Bovendien vereiste in mijn ogen het (toen geldende¹³³⁷) 'Handboek voor de opsporingspraktijk' eveneens de naleving van strafvorderlijke voorschriften. Daarin wordt bij het aannemen van 'actieve politiebemoeienis' de nadruk gelegd op een wijziging van de positie van

¹³³³ Myjer 2003, p. 1332.

¹³³⁴ EHRM 25 oktober 2007, 38258/03, NJ 2008/584 m.nt. Dommering (Van Vondel/Nederland).

¹³³⁵ HR 8 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5456, NJ 2003/711 m.nt. Knigge. Zie Spong 2007 voor een kritische bespreking van dit arrest.

¹³³⁶ De herzieningsaanvraag bij de Hoge Raad leidde tot strafvermindering voor de verdachte. Zie HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2413, NJ 2009/167 m.nt. Schalken.

¹³³⁷ Sinds de inwerkingtreding van de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (thans *Stcrt.* 2014, 24442) heeft het Handboek voor de opsporingspraktijk geen zelfstandige normatieve werking meer, maar slechts een toelichtend karakter.

de informatie-inwinner.¹³³⁸ In het kader van een informant die op aangeven van de overheid de gesprekken met zijn 'runner' moet opnemen, lijkt mij aan deze voorwaarde voldaan.

In de zaken Van Vondel en M.M. legde het EHRM een strengere toets aan met betrekking tot de verantwoordelijkheid van politie en justitie dan de Hoge Raad. Die benadering staat niet op zichzelf. In de zaak Ramanauskas tegen Litouwen had een agent bij een anticorruptie-eenheid op eigen initiatief een publieke aanklager omgekocht.¹³³⁹ Hiermee wilden hij en zijn kompaan – een andere agent – de vrijspraak van een derde bewerkstelligen. Na afloop maakte de agent melding bij zijn werkgever van de corrupte aanklager en kreeg hij toestemming voor een undercoveroperatie om deze persoon nogmaals om te kopen. Dit leidde uiteindelijk tot de vervolging en de veroordeling van de betreffende aanklager. In Straatsburg vindt de aanklager gehoor in zijn klacht dat zijn recht op een eerlijk proces is geschonden door het handelen van de agent. Omdat over artikel 8 EVRM niet werd geklaagd, stond het inmengingscriterium in dit arrest niet centraal. Desondanks speelde dit aspect wel een rol van betekenis bij het geschilpunt of de overheid verantwoordelijk kon worden gehouden voor het handelen van de agent. Het verweer van de regering dat deze agent op persoonlijke titel handelde en derhalve van overheidshandelen geen sprake was, werd door het EHRM terzijde geschoven. Daarbij overwoog het Hof onder andere dat een juridisch raamwerk ontbrak voor het initiële handelen van de agent en de politie bovendien gebruikmaakte van het plan en de betrokkene vrijwaarde van vervolging. Opmerkelijk is in deze casus dat het de *afwezigheid* van toezicht is die mede leidt tot het oordeel dat de overheid verantwoordelijk is voor het handelen van de agent, terwijl het in de Van Vondel-zaak en de M.M.-zaak juist de actieve bemoeienis van de overheid is waarop de verantwoordelijkheid van de overheid is gestoeld. Gesteld kan worden dat in de zaak Ramanauskas sprake is van het juridisch niemandsland waarvoor in de M.M.-zaak gewaarschuwd werd: het (ongestraft) afwenden van de verantwoordelijkheden van de overheid door gebruik te maken van derden in de opsporing. De Litouwse zaak leert dat ook in die situatie de verantwoordelijkheid van de Staat wordt aangenomen, ondanks dat de overheid niet actief betrokken was bij het initiële handelen van de (in hun privéhoedanigheid handelende) agenten. Verantwoordelijkheid kan ook dan geconstrueerd worden indien de overheid niet betrokken was bij het initiële handelen van de betrokkene, maar dit *ex post facto* wel heeft gelegitimeerd. Het moet dan wel gaan om de uitvoering van politietaken.¹³⁴⁰

¹³³⁸ Handboek voor de opsporingspraktijk 2007, p. 297-299. Zie voor vergelijkbare bewoordingen Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013, p. 196 en 197.

¹³³⁹ EHRM 5 februari 2008, 74420/01, NJ 2008/499 m.nt. Schalken (*Ramanauskas/Litouwen*).

¹³⁴⁰ Vgl. HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4321, NJ 2003/527.

Uit onder meer dit arrest leidt Brinkhoff af dat artikel 6 EVRM een zelfstandige betekenis toekomt ten aanzien van de vraag of het handelen van particulieren tot een strafvorderlijke reactie noopt.¹³⁴¹ Volgens deze auteur komt de verantwoordelijkheid van de Staat in beeld indien de particuliere gegevensverzameling op gespannen voet staat met artikel 6 EVRM. De bemoeienis van politie en justitie met de onrechtmatige bewijsgaring speelt hierbij geen rol. Nu gebleken is dat altijd gewaarborgd moet zijn dat de procedure als geheel eerlijk is verlopen, kan deze stelling worden onderschreven. Wel merk ik op dat de verantwoordelijkheid van de Staat in relatie tot het recht op een eerlijk proces niet te allen tijde geabstraheerd kan worden van de vraag of politie en justitie bemoeienis hebben gehad met het handelen van de burger. Dit kan worden verduidelijkt aan de hand van de eerder behandelde Goudsnip-zaak, waarin de uitlokking door een informant leidde tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Net als in de Ramanauskas-zaak, werd de overheid verantwoordelijk gehouden voor het handelen van een derde dat zij niet zelf had geïnitieerd. Hoewel het inmengingscriterium geen rol speelde in dit arrest (de Hoge Raad sprak over 'een persoon voor wiens handelen de politie of het openbaar ministerie verantwoordelijk is'¹³⁴²), lijkt dit aspect wel van betekenis te zijn geweest. De Hoge Raad heeft namelijk in 1999 de sanctie van niet-ontvankelijkheid uitgesloten in de situatie dat de overheid geen bemoeienis heeft gehad met het handelen van particulieren.¹³⁴³ Verdedigbaar is dan ook dat aan de niet-ontvankelijkheid in de Goudsnip-zaak de veronderstelling ten grondslag lag dat er een relevante mate van inmenging is geweest bij het handelen van een derde, bijvoorbeeld ten aanzien van het 'runnen' van informanten door de (toenmalige) CIE. Mocht dat anders zijn, dan zou de betreffende strafvorderlijke sanctie (en daarmee de toepassing van artikel 359a Sv) immers niet in beeld komen. Zodoende is er grond om aan te nemen dat in relatie tot artikel 8 EVRM een passieve opstelling van de overheid niet hoeft af te doen aan de verantwoordelijkheden van de Staat in de strafvordering.

Voordat het EHRM zich uitsprak over de zaak M.M., had de Hoge Raad een eigen toets aangelegd om te beoordelen of aan het inmengingscriterium was voldaan. Deze toets hield in of politie of justitie 'wetenschap' of 'enige bemoeienis' had bij het onrechtmatig handelen van een derde.¹³⁴⁴ Bleichrodt en Mols achtten dit eerste criterium, gezien de ruime strekking van het begrip 'wetenschap', niet toereikend om inmenging door de overheid aan te nemen.¹³⁴⁵ Bovendien – zo bleek later – kon uit de jurisprudentie van

¹³⁴¹ Brinkhoff 2014, p. 41-52.

¹³⁴² HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0655, r.o. 2.4, NJ 2010/440 m.nt. Schalken.

¹³⁴³ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, AAe 2000, p. 117 m.nt. Buruma.

¹³⁴⁴ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, AAe 2000, p. 117 m.nt. Buruma.

¹³⁴⁵ Bleichrodt 2003, p. 43 en 44 en Mols 2003b, p. 407.

het EHRM niet een dergelijk ruime toets worden afgeleid. Het is dan ook begrijpelijk dat dit criterium geen plaats meer heeft gekregen in de latere rechtspraak van de Hoge Raad. Evenzeer lijkt de Hoge Raad het criterium van *enige* bemoeienis te hebben laten varen, als de latere cassatierechtspraak wordt overzien. Kenmerkend is het arrest dat de Hoge Raad in de Sotheby-zaak wees.¹³⁴⁶

In deze zaak werd een medewerker van het gelijknamige veilinghuis benaderd om gestolen schilderijen terug te kopen. De medewerker sprak een dag later af met de verdachte om meer informatie te krijgen over de gestolen schilderijen. Tevens informeerde hij de politie over de op handen zijnde ontmoeting. Deze ontmoeting werd door de politie geobserveerd. Een dag later werd door de werknemer besloten – in overleg met de directeur van het veilinghuis – 75.000 gulden te betalen aan de aanbieder van de schilderijen. Dit aanbod werd door de latere verdachte aanvaard, waarop de werknemer in overleg is getreden met de politie hoe hij het beste verder kon handelen. Diezelfde dag heeft de overdracht plaatsgevonden. Na de overdracht belde de medewerker een met de politie afgesproken nummer, waarbij hij de suggestie wekte de betaling te regelen. In werkelijkheid gaf hij hiermee een signaal aan de politie om de verdachte aan te houden. In cassatie stond de rechtsvraag centraal of artikel 126ij Sv (burgerpseudokoop) van toepassing was op de gedragingen van de werknemer. De Hoge Raad vond van niet. Daartoe werd overwogen dat het initiatief tot de overdracht van de medewerker was uitgegaan en de medewerker op het aanbod van de latere verdachte was ingegaan reeds voordat de politie werd ingelicht. De politie en de officier van justitie hebben bovendien ‘de medewerker niet met het oog op de opsporing [...] ingeschakeld in het kader van een door de autoriteiten geregisseerde aankoop’. Daarnaast heeft ‘de bemoeienis van de politie zich jegens de medewerker ertoe [...] beperkt te adviseren hoe verder te handelen ten aanzien van de geplande overdracht van de schilderijen tussen [verdachte] en die medewerker’.¹³⁴⁷ Van enige bemoeienis lijkt dus sprake, maar dat oordeel leidt – anders dan verwacht zou worden op basis van het eerder door de Hoge Raad aangelegde criterium – niet tot de toepasselijkheid van artikel 126ij Sv. Op dit oordeel valt een en ander af te dingen. Het initiatief van het handelen van burgers is in de rechtspraak van het EHRM een relevant gezichtspunt bij de toetsing van het inmengingscriterium.¹³⁴⁸ In die zin valt de uitspraak in de onderhavige zaak te rijmen met de Straatsburgse jurisprudentie. Een inmenging van openbaar gezag in de uitoefening van artikel 8 lid 1 EVRM is daarmee echter nog niet uitgesloten. Zo staat vast dat politie en justitie de medewerker advies hebben verleend en is aan deze medewerker een telefoonnummer verstrekt dat hij kon bellen om de politie te informeren over de overdracht. Vooral die laatste factor geeft

¹³⁴⁶ HR 23 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8478, NJ 2005/193 m.nt. Buruma.

¹³⁴⁷ HR 23 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8478, r.o. 3.5, NJ 2005/193 m.nt. Buruma.

¹³⁴⁸ Zie bijv. EHRM 8 april 2003, 39339/98, r.o. 39, EHRC 2003/45 m.nt. Mols (*M.M./Nederland*).

een sterke indicatie dat de politie ‘made a crucial contribution to the execution of the scheme’. De Hoge Raad houdt het daarentegen op een adviserende rol van de politie, zonder dat overigens helder wordt hoe die adviserende rol er precies uitzag.

In latere jurisprudentie spreekt de Hoge Raad over de vraag of ‘overheidsdienaren op enigerlei wijze direct of indirect betrokken zijn bij het gewraakte optreden van die particulier of op enige andere wijze diens gedrag hebben geïnitieerd of gefaciliteerd’.¹³⁴⁹ Deze nadruk op zowel de betrokkenheid van overheidsdienaren bij het onrechtmatige gedrag van derden als op het initiëren of faciliteren van onderzoekshandelingen door burgers, leidde niet tot een andere koers van de Hoge Raad; een ingang naar het toetsingskader van artikel 359a Sv komt thans nog steeds niet snel in beeld. Wel heeft de Hoge Raad in 2015 voor het eerst – zonder dat hieraan een herzieningsverzoek ten grondslag lag – aangenomen dat aan het inmengingscriterium is voldaan.¹³⁵⁰

In deze zaak deed de politie onderzoek naar een groep personen die zich bezighield met voertuigcriminaliteit. Tijdens het onderzoek kwam naar voren dat in het televisieprogramma ‘TROS Opgelicht’ aandacht zou worden besteed aan dit onderwerp. Medewerkers van dit programma werden vervolgens uitgenodigd door de politie om beelden te maken van de aanhoudingen en doorzoekingen in deze strafzaak. De uitzending van deze beelden op televisie gaf veel informatie prijs over de verdachte, die in zijn woning was aangehouden, wat ertoe leidde dat de verdachte door anderen werd herkend.¹³⁵¹ De rechter moest zich vervolgens uitspreken over de vraag of deze inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte aan de overheid kon worden toegerekend. Het hof meende van niet, omdat het initiatief van de betrokkenheid van de media niet bij de politie lag en vanwege het feit dat de verdachte rekening diende te houden met de potentiële inbreuken op zijn levenssfeer. Advocaat-generaal Bleichrodt achtte dit oordeel niet begrijpelijk. Ten aanzien van de *reasonable expectation*-leer merkte hij op dat niet kan worden volgehouden dat het redelijk voorzienbaar was dat een cameraploeg, met toestemming van de politie, beelden maakte van de aanhouding van de verdachte in – onder meer – zijn slaapkamer. Ook sloot de advocaat-generaal zich niet aan bij het oordeel van het hof inzake artikel 8 EVRM. Daarbij speelde de formalisering van de samenwerking tussen politie en media in het zogeheten ‘mediacontract’ een belangrijke rol. Deze overeenkomst omvatte onder meer de voorwaarden waaronder gefilmd mocht worden en het recht van de politie om voorafgaand aan de uitzending de beelden te zien en eventueel een veto uit te spreken.¹³⁵² Tegen deze achtergrond concludeerde Bleichrodt dat er sprake was

¹³⁴⁹ HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7636, *NJ* 2012/264. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar HR 14 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7471, *NJ* 2007/179 m.nt. Buruma.

¹³⁵⁰ HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1792, *NJ* 2015/363 m.nt. Schalken.

¹³⁵¹ De uitzending is te bekijken via www.opgelicht.nl/uitzending/2009/265/.

¹³⁵² HR (concl. A-G Bleichrodt) 7 juli 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1011, nr. 11, *NJ* 2015/363 m.nt. Schalken.

van instigatie door de politie, of dat de politie tenminste faciliterend heeft opgetreden. De Hoge Raad nam dit oordeel over. De schending van artikel 8 EVRM was volgens de Hoge Raad niet van dien aard dat hiervoor de sanctie van niet-ontvankelijkheid in beeld diende te komen. Het oordeel van het hof inzake de strafoplegging kon volgens de Hoge Raad – in lijn met het in herziening gewezen Van Vondel- en M.M.-arrest – echter niet in stand blijven.

Op dit oordeel valt weinig af te dingen. De beelden die aan de inbreuk op artikel 8 EVRM ten grondslag lagen, vloeiden namelijk rechtstreeks voort uit het mediacontract. Nu dit contract een duidelijk initiërend en faciliterend karakter had, is in mijn ogen sprake van een zuiver voorbeeld van inmenging. Dat politie en justitie de mogelijkheid om de persoonlijke levenssfeer van de verdachte te beschermen niet hebben benut, kan hen dan ook worden aangerekend. Daarbij teken ik nog het volgende aan. Normaliter speelt het inmengingscriterium een rol in de gevallen dat onderzoek door derden wordt verricht, waarvan de overheid de vruchten plukt. Dit arrest wijkt hiervan af, omdat de betrokkenheid van de overheid bij het handelen van de media niet bijdroeg aan de opsporing.¹³⁵³ Het door het EHRM genoemde risico dat ‘investigating authorities [...] evade their responsibilities under the Convention by the use of private agents’, heeft zich dan ook niet voorgedaan.¹³⁵⁴ Dat desondanks aan het inmengingscriterium is voldaan, leidt tot de conclusie dat de verantwoordelijkheid van de overheid in relatie tot de opsporing verder reikt dan de directe bijdrage van burgers aan de strafvordering. Dat is begrijpelijk in het licht van artikel 8 EVRM, waarin immers de persoonlijke levenssfeer centraal staat en niet de opsporing als zodanig, maar tot dit arrest was het inmengingscriterium niet in deze bredere context geplaatst. Bovendien geeft dit arrest een duidelijk signaal aan politie en justitie dat de invulling van verantwoordelijkheden in dergelijke situaties een actieve houding van deze actoren vergt om inbreuken op de persoonlijke levenssfeer van verdachten te voorkomen.

Daarnaast verdient een op 29 januari 2016 gewezen arrest van het Hof Den Bosch aandacht.¹³⁵⁵ In deze zaak had de ex-vriendin, aangeduid als A., van de verdachte bij de raadsheer-commissaris een verklaring afgelegd over de betrokkenheid van de verdachte bij strafbare feiten. In deze verklaring kwam naar voren dat zij samenwerkte met de politie om bewijs te verzamelen tegen de verdachte. A. maakte op advies van de politie met een cassette recorder bandopnamen van gesprekken met haar ex-

¹³⁵³ Zie ook de verwante zaak HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1791, waarin het beroep op bewijsuitsluiting van de door TROS Opgelicht gemaakte beelden, aan de hand waarvan de verdachte was herkend, afstootte op een overweging als bedoeld in art. 81 RO, omdat – zo valt aan te nemen – niet aannemelijk is geworden dat de politie reeds betrokken was bij de opname van de betreffende beelden.

¹³⁵⁴ EHRM 8 april 2003, 39339/98, r.o. 40, *EHRC* 2003/45 m.nt. Mols (*M.M./Nederland*) en EHRM 25 oktober 2007, 38258/03, r.o. 49, *NJ* 2008/584 m.nt. Dommering (*Van Vondel/Nederland*).

¹³⁵⁵ Hof Den Bosch 29 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:242.

vriend en observeerde hem. In een later verhoor bij de rechter-commissaris kwam zij terug op deze verklaring. In haar nieuwe verklaring benadrukte A. dat zij zelf het initiatief had genomen om contact op te nemen met de politie en dat er geen sprake was van enige sturing. In maart 2013 werd de vrouw doodgeschoten. In de strafzaak tegen de verdachte constateert het hof dat bij de bewijsgaring door A. sprake is van een inmenging door het openbaar gezag in het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op privacy. Voor de informatie-inwinning van A. ontbrak een bevel van de officier van justitie ingevolge artikel 126v Sv. Daarbij overweegt het hof dat het geen helderheid heeft kunnen verkrijgen over de gang van zaken en eventuele onregelmatigheden. Het hof constateert dat de verdediging hierdoor op ontoelaatbare wijze is tekortgedaan in haar mogelijkheid om het bewijs en de bewijsvergaring te controleren en aan te vechten. Mede op basis hiervan oordeelt het hof dat het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsrecht moet verliezen. Tegen deze uitspraak is geen cassatie ingesteld.

Bij de toetsing van het inmengingscriterium betreft het hof de initiële verklaringen van A. Deze verklaringen bieden grond om inmenging aan te nemen. De politie heeft immers aan A. instructies gegeven om bandopnamen te maken, waarbij A. bovendien heeft benadrukt dat zij ‘echt op aanwijzing van de politie’ de verdachte heeft geobserveerd. Nu deze inmenging niet bij wet is voorzien, is sprake van een schending van artikel 8 EVRM.¹³⁵⁶ Het is evenwel de vraag of deze schending tot de niet-ontvankelijk van het Openbaar Ministerie zou moeten leiden. Een schending van artikel 8 EVRM leidt – zo is eerder behandeld – immers niet automatisch tot een schending van het recht op een eerlijk proces.¹³⁵⁷ De zwaarste strafvorderlijke sanctie komt om die reden dan ook niet snel in beeld. In de uitspraak klinkt enige frustratie door over (het gebrek aan) de medewerking van politie en justitie om duidelijkheid te krijgen over de vermeende inmenging.¹³⁵⁸ Het hof lijkt met deze sanctie het Openbaar Ministerie te willen doordringen van de ernst van de situatie. Een grond voor niet-ontvankelijkheid kan dit echter niet opleveren.¹³⁵⁹ Nu in de jurisprudentie waarin het inmengingscriterium is geschonden en in de rechtspraak waarin artikel 126v Sv niet is

¹³⁵⁶ Volgens het hof was een bevel ingevolge art. 126v Sv aangewezen. Op zichzelf kunnen hierbij vraagtekens worden gezet, omdat dit artikel in de huidige rechtspraak niet snel in beeld komt. Desondanks kan hieraan voorbij worden gegaan, omdat het hof een inbreuk op artikel 8 EVRM heeft geconstateerd. Een wettelijke basis – die ontbrak – is in dat geval noodzakelijk.

¹³⁵⁷ Zie onder meer HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH8889, *NJ* 2009/399.

¹³⁵⁸ Hof Den Bosch 29 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:242, r.o. F.3.3: ‘Het bevreemdt het hof daarbij hoe de verantwoordelijken voor politie en justitie zich in deze zaak hebben opgesteld. Die opstelling lijkt op onwil te duiden: zowel de onderzoeksleider van de politie als de advocaat-generaal heeft zich bijzonder weinig moeite getroost het optreden van de politie in deze zaak te onderzoeken, terwijl het hof meerdere keren op niet mis te verstane wijze het belang van dat onderzoek onder de aandacht heeft gebracht en heldere vragen heeft gesteld.’

¹³⁵⁹ HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0656, *NJ* 2010/442 m.nt. Schalken.

nageleefd strafvermindering in beeld komt, lijkt die strafvorderlijke reactie het meest aangewezen.¹³⁶⁰

Ondanks het eerder besproken Tros Opgelicht-arrest, lijkt er licht te zitten tussen de invulling van het inmengingscriterium door de Hoge Raad en de invulling hiervan door het EHRM. Tot tweemaal toe kwam het EHRM tot een ander oordeel dan de Hoge Raad over een inmenging van een publieke autoriteit in de zin van het tweede lid van artikel 8 EVRM. Ook in andere arresten lijkt de Hoge Raad zich terughoudend op te stellen. Waarom in de cassatierechtspraak de verantwoordelijkheid van de overheid niet snel in beeld komt, is onduidelijk. Mogelijk is de strenge lijn die de Hoge Raad over de gehele linie van artikel 359a Sv aanhoudt hier mede debet aan. De sanctionering van vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek komt in recente rechtspraak niet snel in beeld, wat mogelijkwerwijs consequenties heeft voor het toepassingsbereik van artikel 359a Sv. Dit zou ook kunnen verklaren waarom de Hoge Raad in 2000 – toen de Wet Vormverzuimen pas in werking was getreden – sprak over de veel ruimere criteria ‘wetenschap’ en ‘enige bemoeienis’ en later de teugels meer heeft aangetrokken. Een alternatieve verklaring kan zijn dat de Hoge Raad het werk van de politie niet onnodig wil bemoeilijken als de politie – indachtig artikel 3 Politiewet 2012 – hulp verleent aan hen die deze behoeft.¹³⁶¹ De Nederlandse Staat heeft dit argument in de Van Vondel-zaak naar voren gebracht, met de stelling dat een strikte interpretatie van de M.M.-zaak tot gevolg kan hebben ‘that in future the authorities would be unnecessarily cautious in rendering assistance to members of the public’.¹³⁶²

Wat hier ook van zij, duidelijk is dat particuliere bewijsgaring onder omstandigheden aan de overheid kan worden toegerekend. De verantwoordelijkheid van de Staat voor het handelen van derden komt ook in andere situaties in beeld. Dat geldt bijvoorbeeld voor onderzoekshandelingen die in het buitenland zijn verricht, waarmee Nederlandse opsporingsambtenaren mogelijkwerwijs bemoeienis hebben gehad. In deze context kan onder omstandigheden het handelen van buitenlandse opsporingsambtenaren aan de Nederlandse overheid worden toegerekend.¹³⁶³ Daarnaast kan gewezen worden op het internationale recht, waarin het toeschrijven van onrechtmatige gedragingen

¹³⁶⁰ Zie in het kader van het inmengingscriterium: HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8858, NJ 2007/453; HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2413, NJ 2009/167 m.nt. Schalken en HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1792, NJ 2015/363 m.nt. Schalken en in het kader van art. 126v Sv: Hof Den Bosch 9 mei 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD8152 en Rb. Amsterdam 21 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7707.

¹³⁶¹ Vgl. Hof Den Haag 4 juli 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AD4273, NJ 2001/512

¹³⁶² EHRM 25 oktober 2007, 38258/03, r.o. 47, NJ 2008/584 m.nt. Dommering (*Van Vondel/Nederland*).

¹³⁶³ Zie bijv. (de sinds HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, NJ 2011/169 m.nt. Schalken deels verouderde arresten) HR 16 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1451, NJ 2000/214 m.nt. Reijntjes en HR 11 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2712, NJ 2002/218 m.nt. Buruma. Zie Hof Den Haag 15 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4062 over een zaak waarin de inzet van burgers en buitenlands onderzoek samenliep. Zie nader Kuiper 2014, p. 288-298.

van private partijen aan de Staat niet is uitgesloten. De Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts bieden bijvoorbeeld een grondslag voor het toerekenen van gedragingen van niet-staatsorganen aan de overheid.¹³⁶⁴ In deze internationaalrechtelijke context zijn parallellen te trekken met de benadering van EHRM inzake het toerekenen van het handelen van derden aan de Staat. Zo acht Värk het noodzakelijk dat ook de informele samenwerking van de Staat met derden onder de verantwoordelijkheid van de Staat valt, omdat anders het gebruik van ‘private agents to circumvent legal obligations’ wordt aangemoedigd.¹³⁶⁵ Gebleken is dat het EHRM eveneens waarde hecht aan dit aspect. Daarnaast wijst De Schutter erop dat zowel in de benadering van het Straatsburgse Hof, als bij de voormelde bepalingen uit het internationale recht, ‘the act of the private individual will be treated as an act of the State itself’.¹³⁶⁶ Deze overeenkomsten geven steun aan de gedachte dat het toerekenen van gedragingen van derden aan de Staat onder voorwaarden toelaatbaar moet zijn. Niettemin is gebleken dat het moeilijk is om aan te geven wanneer het handelen van derden vereenzelvigd kan worden met de Staat. Uit de jurisprudentie kunnen evenwel drie oriëntatiepunten worden afgeleid die zien op een ‘interference by a public authority’ in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM.

Een eerste oriëntatiepunt is gelegen in de vraag of de gedraging van een derde een inbreuk heeft gemaakt op de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 8 lid 1 EVRM. Houvast hierbij biedt de vraag of de gedraging plaats heeft gevonden in de sfeer van de strafvordering. Nu artikel 8 EVRM veelal ten grondslag ligt aan de wettelijke regeling van opsporingsbevoegdheden, leidt het handelen van derden dat verwantschap vertoont met strafvorderlijke bevoegdheden al snel tot een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM. Als tweede oriëntatiepunt kan de regierol van de overheid bij het handelen van een derde worden genoemd. Deze regie is de kurk waarop het inmengingscriterium drijft. Regie kan blijken uit de (directe of indirecte) betrokkenheid van de overheid bij het gedrag van een derde, of uit enigerlei andere wijze van betrokkenheid bij het aanvangspunt van het handelen van een derde (de Hoge Raad spreekt over ‘initiëren’), of uit het vergemakkelijken van of hulp verlenen aan (het ‘faciliteren’) de gedragingen van deze derde. De term ‘regie’ moet dan ook ruim worden geïnterpreteerd, maar de bijdrage van de publieke autoriteiten moet wel substantieel zijn (het EHRM spreekt over een ‘crucial contribution’). Een sterke indicatie voor het aannemen van regie vormt de situatie dat de samenwerking met particulieren is geformaliseerd, zoals bij de samenwerking met de media of bij de handelingen van derden die verband houden met de in de Wet BOB neergelegde vormen van bijstand aan de opsporing. In dat geval lijkt er weinig

¹³⁶⁴ Art. 4, 5, 8 en 11 Report of the International Law Commission, UN Doc. A/56/10, 2001. Zie nader De Schutter 2014, p. 429-440.

¹³⁶⁵ Värk 2006, p. 188.

¹³⁶⁶ De Schutter 2014, p. 427.

ruimte te bestaan om geen inmenging aan te nemen. Als derde omstandigheid geldt dat de inzet van burgers er niet in mag resulteren dat strafvorderlijke waarborgen omzeild worden. Deze factor heeft een corrigerende werking. Indien de eerste twee oriëntatiepunten op zichzelf niet tot het oordeel nopen dat het handelen van een derde aan de overheid moet worden toegerekend, maar de suggestie wordt gewekt dat strafvorderlijke regelingen worden ontlopen, kan toch inmenging worden aangenomen. Houvast hierbij biedt de suggestie van Mols, die voorstelt om bij de toetsing aan het tweede lid van artikel 8 EVRM te betrekken of er gelegenheid heeft bestaan voor het opsporingsapparaat om een einde te maken aan de betreffende onrechtmatigheid.¹³⁶⁷ Indien de mogelijkheid heeft bestaan om het onrechtmatig handelen van een derde te corrigeren, dan snijdt – zo stelt Mols – het verwijt hout dat particulier onderzoek wordt misbruikt om de regels van het Wetboek van Strafvordering te omzeilen. Aangezien het onderhavige oriëntatiepunt een corrigerende werking heeft, zal de suggestie van Mols terughoudend moeten worden toegepast. Dat kan bijvoorbeeld door het begrip ‘mogelijkheid’ beperkt uit te leggen. Niet alleen moeten politie en justitie feitelijk de mogelijkheid hebben gehad om in te grijpen, maar ook van belang is dat de overheid het gewraakte handelen van particulieren op hun beloop hebben gelaten. Onder die omstandigheden kan een verwijt aan de overheid worden gemaakt dat ziet op het vermijden van strafvorderlijke waarborgen.¹³⁶⁸ Omdat het zwaartepunt van het inmengingscriterium op de betrokkenheid van de overheid bij de gedragingen van derden ligt, zal een belangrijke indicatie zijn of de overheid vooraf¹³⁶⁹ bij het onrechtmatig handelen van een derde betrokken is geweest of – onder bijzondere omstandigheden¹³⁷⁰ – achteraf de onrechtmatige gedragingen van een derde voortzet. Onder die omstandigheden hoeft een controlerende rol van een particulier bij de bewijsgaring niet in de weg te staan aan het aannemen van inmenging door een publieke autoriteit.

Dit toetsingskader biedt ruimte voor differentiatie, zoals door Bleichrodt wordt voorgestaan.¹³⁷¹ Er bestaat, om in de woorden van Kuiper te spreken, een verschil tussen een burgerinfiltrant of -informant en de beveiligder bij de Bijenkorf.¹³⁷² In het geval van onrechtmatige bewijsgaring door een beveiligder zal het toetsingskader niet snel tot sanctionering van het verkregen bewijs leiden. Daarmee wordt recht gedaan aan de

¹³⁶⁷ Mols 2003b, p. 407.

¹³⁶⁸ EHRM 8 april 2003, 39339/98, r.o. 40, *EHRC* 2003/45 m.nt. Mols (*M.M./Nederland*) en EHRM 25 oktober 2007, 38258/03, r.o. 49, *NJ* 2008/584 m.nt. Dommering (*Van Vondel/Nederland*).

¹³⁶⁹ Vgl. EHRM 8 april 2003, 39339/98, *EHRC* 2003/45 m.nt. Mols (*M.M./Nederland*).

¹³⁷⁰ Zie EHRM 5 februari 2008, 74420/01, *NJ* 2008/499 m.nt. Schalken (*Ramanauskas/Litouwen*), waarin het ging om een specifiek afgebakend geval, waarbij de betreffende onrechtmatigheid zag op het uitvoeren van politietaken door een in zijn privéhoedanigheid handelende agent.

¹³⁷¹ Bleichrodt 2010, p. 13-19.

¹³⁷² Kuiper 2014, p. 221. Vgl. Knigge & Kwakman 2001, p. 272.

positie van het Openbaar Ministerie. Het was niet betrokken bij het handelen van de particulier, waardoor het onredelijk is om dit op het conto van de overheid te schrijven. Dit is in mijn ogen anders indien politie en justitie op enigerlei wijze betrokken zijn bij het onrechtmatig handelen van een derde. Het voormelde toetsingskader kan in die situatie zijn nut bewijzen, door de regierol van de overheid ruimer te interpreteren dan thans in de rechtspraak wordt gedaan. Bij professioneel georganiseerde activiteiten, waarbij de politie ‘substantiële advisering’ verleent, zou het niet vreemd zijn om door particulieren begane onrechtmatigheden onder de verantwoordelijkheid van de overheid te scharen.¹³⁷³ Met name op grote (muziek)festivals is er vaak afstemming tussen het handelen van professioneel georganiseerde particulieren en de politie.¹³⁷⁴ Kenmerkend is de ZSM-aanpak op festivalterreinen, waarbij op het terrein politiestations zijn ingericht waar onder meer particuliere beveiligers burgers kunnen overdragen aan de politie.¹³⁷⁵ Bervoets en Eijgenraam benadrukken desondanks dat getracht wordt een verantwoordelijkheidsverdeling te maken tussen het festivalterrein (verantwoordelijkheid van de organisatie) en daarbuiten (verantwoordelijkheid van de politie).¹³⁷⁶ Indien de rol van de politie zich beperkt tot een geringe adviserende rol, komt artikel 8 EVRM niet in beeld. Maar indien er duidelijke afspraken bestaan tussen beide partijen – die bijvoorbeeld zien op het overdragen van personen die betraapt worden op drugs – zou dat oordeel anders moeten uitpakken.¹³⁷⁷ Die benadering biedt voordelen. Zo wordt voorkomen dat ‘de overheid de particuliere opsporing feitelijk maar op zijn beloop’ laat.¹³⁷⁸ Daarnaast biedt deze benadering een duidelijker kader voor het werk van particulieren. Wat is er op tegen om bewijs dat vergaard is door het handelen van – met name – professioneel georganiseerde particulieren te toetsen aan artikel 359a Sv? In die zin valt iets te zeggen voor het voorstel van Bleichrodt om bij ‘structurele samenwerking van politie of openbaar ministerie met degene die de informatie feitelijk heeft vergaard’, inmenging aan te nemen. ‘Dat geldt temeer’, zo vervolgt hij, ‘in geval sprake is van afspraken met als strekking dat de politie alvorens zelf in actie te komen de uitkomst van particulier onderzoek afwacht’. Hij rondt af met de stelling: ‘Structureel

¹³⁷³ Bleichrodt 2010, p. 17.

¹³⁷⁴ Ferwerda & Wondergem 2015, p. 154 en 155.

¹³⁷⁵ Zie over de procedurele waarborgen rondom de ZSM-aanpak op festivals *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 295 en 296.

¹³⁷⁶ Bervoets & Eijgenraam 2014, p. 93-118, m.n. p. 113-115.

¹³⁷⁷ Zie bijv. de huisregels van het Zwarte Cross festival, waarin staat vermeld: ‘Bij constatering van gebruik, in het bezit hebben van harddrugs en/of het handelen in soft/harddrugs zult u zonder pardon worden aangehouden en worden overgedragen aan de politie.’ Te raadplegen via www.zwartecross.nl/pagina/nl/76/33/huisregels.html. Vgl. HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7501, waarin de Hoge Raad de mogelijkheid openlaat dat de fouillering op een festivalterrein waarmee politie en justitie geen bemoeienis hebben gehad zo zeer in strijd is met het recht dat het resultaat daarvan niet kan meewerken tot het bewijs.

¹³⁷⁸ Borgers 2012a, p. 411.

wegkijken kan ook een vorm van bemoeienis opleveren.¹³⁷⁹ Kuiper vraagt zich af of het niet voor rechters onbegonnen werk is om deze gevallen onder het bereik van artikel 359a Sv te scharen. Hij ziet meer in een civielrechtelijk traject, waarbij de verdachte, mits zijn recht op een eerlijk proces niet is geschonden, genoegdoening kan krijgen bij de civiele rechter. Eveneens zou – indien de betreffende persoon aan het tuchtrecht is onderworpen – de verdachte bij de tuchtrechter kunnen klagen over het handelen van de betreffende particulier.¹³⁸⁰ Dit perspectief, waarbij de nadruk ligt op alternatieven voor de sanctionering van begane onrechtmatigheden, staat niet op zichzelf. In het kader van onrechtmatig handelen van opsporingsambtenaren zijn disciplinaire maatregelen bijvoorbeeld niet ongebruikelijk.¹³⁸¹ Enschedé stelde dan ook: ‘onwettige methoden kunnen gelukkig met succes op andere wijze worden bestreden’.¹³⁸² Peters benadrukte daarentegen dat ‘de belanghebbende burger, wiens rechtspositie bedoeld wordt te zijn gewaarborgd, recht [heeft, EM] op de *te zijnen aanzien* meest effectieve sancties, en dat zijn die sancties die het nadelig effect van overtreding van die normen te zijnen aanzien wegnemen. Strafrechtelijke of disciplinaire sancties tegen opsporingsambtenaren achteraf, kunnen de burger in kwestie, te wiens aanzien de processuele waarborgnorm is geschonden, niet meer baten’.¹³⁸³ Hoewel deze stellingname ziet op het onrechtmatig handelen van opsporingsambtenaren, boet dit argument mijns inziens in een context van particuliere onderzoekers niet aan kracht in. De waarborgen omtrent de rechtspositie van de verdachte zouden immers onder druk komen te staan indien de bescherming hiervan afhankelijk wordt gesteld van de persoon die de onrechtmatigheid heeft begaan. De nagestreefde doelen bij de sanctionering van onrechtmatigheden lijken er bovendien niet aan in de weg te staan om de particuliere gedragingen te toetsen aan artikel 359a Sv. Indien duidelijke afspraken bestaan tussen burgers en de politie, is sprake van een zekere mate van uitbesteding van de overheidstaak tot opsporing. Onder die omstandigheden richt de sanctionering van de particuliere gedragingen zich indirect op de overheid en zie ik geen dogmatische bezwaren tegen de toepassing van artikel 359a Sv. Bovendien is in dit hoofdstuk naar voren gekomen dat ook andere doelen worden nagestreefd bij de strafvorderlijke sanctionering van door burgers begane onrechtmatigheden. Gewezen kan worden op artikel 482a lid 4 Sv. De ratio achter deze bijzondere bewijsuitsluitingsgrond kan niet verklaard worden door één van de argumenten voor bewijsuitsluiting. In paragraaf 2.3.2.1 is besproken dat de minister deze uitzondering stelde op het (hier geduide) ‘vrijwaringsargument’,

¹³⁷⁹ Bleichrodt 2010, p. 17.

¹³⁸⁰ Kuiper 2014, p. 221.

¹³⁸¹ Zie bijv. over de niet-gecertificeerde hulpofficieren *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 2810 en Rb. Den Bosch 23 februari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV6772.

¹³⁸² Enschedé 1966, p. 517.

¹³⁸³ De noot van Peters, p. 249 bij HR 7 december 1971, AAe 1973, 5. Zie ook Embregts 2003, p. 115-122 en de noot van De Hullu, nr. 7 bij HR 22 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1277, NJ 1999/104.

inhoudende dat een onherroepelijke vrijspraak ‘de gewezen verdachte aanspraak geeft om met rust te worden gelaten’.¹³⁸⁴ Tevens leek de minister het effectiviteitsargument ook te betrekken op het handelen van particulieren. Met de genoemde regeling is volgens de minister namelijk ook beoogd om normconform gedrag af te dwingen.¹³⁸⁵ Zodoende beslaat het kader van onrechtmatig burgeronderzoek een breder palet aan argumenten dan de drie traditionele rechtsdoelen die in de literatuur worden genoemd en bestaat er ruimte om de rechtsdoelen niet te rigide toe te passen. Tot slot kan worden opgemerkt dat in de voorgaande hoofdstukken naar voren is gekomen dat de alternatieven voor het bestrijden van onrechtmatigheden door derden zeer zelden worden benut. Zo bezien kan de strafrechter juist een nuttige functie vervullen, door als (laatste) poortwachter op te treden om vaker onrechtmatig verkregen bewijs door derden buiten het strafproces te houden. Maar hoe moet die poortwachtersfunctie er in de praktijk uitzien? De feiten die ten grondslag lagen aan het ‘portierarrest’ geven hiervoor een kader.¹³⁸⁶

Twee politieagenten keken bij de ingang van een café mee naar een *livestream* van bewakingscamera’s. Daarnaast kregen zij mededelingen van een portier – die via een portofoon in directe verbinding stond met zijn collega’s – over hetgeen zich in het café afspeelde. Naar aanleiding van het vermoeden van drugsbezit werd in het café een persoon gefouilleerd door een andere portier. Daarbij werd een kogel aangetroffen. Vervolgens is deze persoon naar buiten geleid. Buiten werd hij opgewacht door de agenten. Deze agenten zijn overgegaan tot een onderzoek aan de kleding van de verdachte.¹³⁸⁷ Daarbij werden zij geholpen door een portier. Door de fouillering van de portier zag een van de agenten de kolf van een geweer, waarna de persoon werd aangehouden. Is hier sprake van ‘interference by a public authority’? De verdediging voerde aan dat er sprake was van ‘een duidelijke taakverdeling [...] tussen de politie en de portiers. De portiers grijpen in wanneer er binnen de horecagelegenheid iets gebeurt. Als er buiten iets gebeurt, dan is dat het werk voor de politieagenten’. Dit hield voor de Hoge Raad echter niet in dat ‘de politie en/of het Openbaar Ministerie betrokken zijn geweest bij de fouillering door de portier of die fouillering op andere wijze hebben geïnitieerd of gefaciliteerd’. Bestond er desondanks ruimte om een relevante mate van bemoeienis aan te nemen? Het hiervoor besproken toetsingskader

¹³⁸⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 3, p. 33. Mevis & Kooijmans 2003, p. 160 stellen in deze context dat het ‘gevaar groot [is, EM] dat het vredestitend effect van het rechterlijk vonnis en de maatschappelijke rust van de gewezen verdachte ernstig en voortdurend wordt aangetast, zonder dat op grond van een novum is vast te stellen dat enige grond is voor activiteiten tegen de gewezen verdachte’.

¹³⁸⁵ *Kamerstukken I* 2012/13, 32 044, C, p. 23.

¹³⁸⁶ HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7636, *NJ* 2012/264.

¹³⁸⁷ Art. 9 lid 2 Opiumwet. Indien het onderzoek aan de kleding gebaseerd was op de Wet Wapens Munitie bood art. 52 lid 2 WWM een grondslag.

geeft daarbij een indicatie. Het eerste oriëntatiepunt – of de gedraging een inbreuk heeft gemaakt op de persoonlijke levenssfeer – kan bevestigend worden beantwoord. De regeling van fouillering in het geval van een vermoeden van drugsdelicten heeft een plaats gekregen in artikel 9 lid 2 Opiumwet en de gedraging bevindt zich zodoende in de sfeer van de strafvordering.¹³⁸⁸ Vervolgens is de vraag of de politie initiërend of faciliterend heeft opgetreden. Een dergelijk optreden door de politie kan in mijn ogen – op grond van de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad en het EHRM – niet worden aangenomen. Aangevoerd kan worden dat de politie hulp heeft verleend bij de fouillering, maar die bijdrage zou ik niet als substantieel willen duiden. Evenmin zijn er indicaties dat strafvorderlijke waarborgen zijn omzeild. Het handelen van de agenten kan dus de toets van het tweede lid van artikel 8 EVRM doorstaan. Het is hier dat de door Bleichrodt voorgestelde differentiatie zijn dienst kan bewijzen. In casu betreft het een professioneel georganiseerde beveiligingsdienst. De verdeling tussen de politie en de portier lijkt zo geduid te kunnen worden dat de ‘politie alvorens zelf in actie te komen de uitkomst van particulier onderzoek afwacht’.¹³⁸⁹ De regierol kan dan gevonden worden in de duidelijke taakverdeling tussen de politie en de portiers. Deze ingang vereist wel dat de regierol van de overheid een meer prominente plaats krijgt in vonnissen. Thans is niet altijd duidelijk waaruit de rol van politie en justitie precies bestond. In deze concretisering is ook een rol voor advocaten weggelegd. Zij zullen duidelijke gronden moeten aanvoeren waarop de regierol van de publieke autoriteiten kan worden gestoeld. Een enkel beroep op ‘een duidelijke taakverdeling [...] tussen de politie en de portiers’ is – zoals de Hoge Raad ook overweegt – onvoldoende concreet om die regierol aan te nemen. Dat oordeel moet in mijn ogen anders uitvallen indien de verdediging informatie aanvoert waaruit de regierol van de overheid blijkt, bijvoorbeeld uit concrete afspraken over het overdragen van personen aan de politie.

2.4.4 De betekenis van de artikelen 6 en 8 EVRM voor burgeronderzoek

Bij onderzoeksactiviteiten van burgers die gericht zijn op de opsporing kan het inmengingscriterium als leidraad dienen om een onderscheid te maken tussen burgerbijstand (wel inmenging) en burgeronderzoek (geen inmenging). Dit onderscheid is niet enkel begripsmatig van belang, maar ook juridisch. Anders dan bij burgerbijstand geeft het tweede lid van artikel 8 EVRM geen ruimte om bij burgeronderzoek de gedragingen van particulieren aan de overheid toe te rekenen. Artikel 359a Sv komt bij onrechtmatig burgeronderzoek bij de huidige stand van de rechtspraak dan ook

¹³⁸⁸ De advocaat van de verdachte betoogde dat de strafvorderlijke regels van de Opiumwet van toepassing waren op zijn handelen. In hfd. 2 is besproken dat het Wetboek van Strafvordering onderzoek aan kleding niet openstelt aan particulieren. Het betoog van de raadsman kan dan ook – zo oordeelt het hof ook – niet gevolgd worden. De fouillering in het café kan in mijn ogen enkel plaatsvinden met instemming van de verdachte.

¹³⁸⁹ Bleichrodt 2010, p. 17.

niet in beeld. Niettemin zijn strafvorderlijke consequenties mogelijk. Zo kan aan het toetsingskader van artikel 359a Sv voorbij worden gegaan, door eventuele inbreuken op artikel 8 EVRM mee te laten wegen in de straftoemetsingsvraag uit artikel 350 Sv.¹³⁹⁰ Kenmerkend zijn de strafzaken waarin de overheid met opsporingsberichtgeving een beroep doet op burgers. Hoewel in hoofdstuk 4 besproken is dat sprake is van een opsporingsmethode, komt artikel 359a Sv in dat kader niet snel in beeld. De informatieverstreking sec vormt vaak geen bron van onrechtmatigheid, omdat de hiervoor toepasselijke Aanwijzing Opsporingsberichtgeving in principe voldoende houvast biedt.¹³⁹¹ Bovendien is veelal de vraag of bij een overtreding van deze aanwijzing de factoren die in het tweede lid van artikel 359a Sv worden genoemd nopen tot een strafvorderlijke reactie.¹³⁹² Stevens wijst er dan ook op dat het 'knelpunt' vaak ligt in 'datgene wat er gebeurt nádat een zaak door de autoriteiten in de publiciteit is gebracht'.¹³⁹³ Een eventuele strafvorderlijke reactie wordt in die situatie niet ingevuld door artikel 359a Sv, maar aan de hand van artikel 8 EVRM.¹³⁹⁴

Illustratief is de zaak rondom een gefilmde mishandeling in de binnenstad van Eindhoven.¹³⁹⁵ De uitzending van deze beelden in een lokaal opsporingsprogramma leidde tot veel publieke aandacht. Deze had zijn weerslag op het rechterlijk oordeel over de keuze van het Openbaar Ministerie om de camerabeelden aan het publiek te vertonen. De Aanwijzing Opsporingsberichtgeving was niet volledig gevolgd, omdat de benodigde toestemming van de hoofdofficier van justitie ontbrak.¹³⁹⁶ Het Hof Den Bosch kon hieraan echter voorbijgaan, omdat de verdachte niet in enig concreet belang was geschaad en daardoor ook geen nadeel had ondervonden in de zin van artikel 359a Sv. Uit de zitting kwam immers naar voren dat de hoofdofficier van justitie, zij het achteraf, een dergelijk verzoek zou hebben gehonoreerd. Met onder meer dit argument werd, overeenkomstig de jurisprudentie van de Hoge Raad, het betoog dat de verdachte nadeel had ondervonden van het vormverzuim terzijde geschoven.¹³⁹⁷ Het hof stelde daarentegen wel een schending van artikel 8 EVRM vast. Grondslag voor de inbreuk vormde de in het vorige hoofdstuk besproken jurisprudentie inzake het recht

¹³⁹⁰ Zie bijv. Hof Den Bosch 26 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ6181, *NJ* 2011/397: 'Dat de enorme aandacht in de media de verdachte schade heeft berokkend en hem heeft gebrandmerkt voor het leven, zoals de raadsman zegt, zal het hof [...] meewegen bij de strafmaat'.

¹³⁹¹ Aanwijzing Opsporingsberichtgeving, *Stcr.* 2009, 51.

¹³⁹² Zie bijv. HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:41, *NJ* 2014/188 m.nt. Schalken en HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, *NJ* 2016/111 m.nt. Myjer.

¹³⁹³ Stevens 2010, p. 662.

¹³⁹⁴ HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, *NJ* 2016/111 m.nt. Myjer.

¹³⁹⁵ In hfd. 4 §6.2 is deze zaak reeds kort behandeld.

¹³⁹⁶ §4.1 Aanwijzing Opsporingsberichtgeving, *Stcr.* 2009, 51.

¹³⁹⁷ Zie HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308 m.nt. Keulen, waarin omtrent de waarde van afgegeven machtiging door binnentreding door een niet-gecertificeerde hulpofficier betekenis werd toegekend aan het (bevestigende) antwoord op de vraag of een andere, wel bevoegde, autoriteit eveneens een machtiging zou hebben verleend.

op privacy, zoals de overweging van het EHRM in het Uzun-arrest dat ‘the publication of material obtained in public places in a manner or degree beyond that normally foreseeable may also bring recorded data or material within the scope of Article 8 § 1’.¹³⁹⁸ Voor de constatering dat er sprake was van een schending van artikel 8 EVRM achtte het hof van belang dat met een minder ingrijpende inbreuk op het privéleven van de verdachte eenzelfde resultaat voor de opsporing had kunnen worden bewerkstelligd.¹³⁹⁹ De geconstateerde schending diende volgens het hof te leiden tot strafvermindering. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.¹⁴⁰⁰ De Hoge Raad overweegt in algemene zin dat opsporingsberichtgeving een inbreuk kan maken op de persoonlijke levenssfeer. Daarbij wordt – indachtig het voorzienbaarheids criterium – relevant geacht in welke mate het eigen handelen van de betrokkene een rol heeft gespeeld bij de betreffende inbreuk. Vervolgens zoekt de Hoge Raad aansluiting bij de opsomming van advocaat-generaal Hofstee inzake de factoren die het EHRM van belang acht bij de vraag of sprake is van een (gerechtvaardigde) inbreuk op artikel 8 EVRM, zoals de vraag naar het doel van de vergaring en openbaring van het beeldmateriaal.¹⁴⁰¹ Indien sprake is van een schending van artikel 8 EVRM, is van belang of hier consequenties aan verbonden kunnen worden. Daarbij bewandelt de Hoge Raad een andere route dan het hof. Het hof had de schending getoetst aan de factoren uit het tweede lid van artikel 359a Sv. Volgens de Hoge Raad is een dergelijke toetsing niet nodig, omdat de door het EHRM geformuleerde factoren omtrent de (toelaatbaarheid van een) inbreuk op artikel 8 EVRM ‘een toereikend autonoom beoordelingskader’ bieden.¹⁴⁰² In deze situatie hoeft dus niet teruggevallen te worden op artikel 359a Sv. Dat is begrijpelijk, omdat geen sprake was van een vormverzuim dat op de voet van dat artikel gesanctioneerd kon worden. De Hoge Raad stelt voorop dat het de rechter vrij staat om bij het bepalen van de straf rekening te houden met nadeel dat door media-aandacht voor een verdachte is veroorzaakt. Deze ruimte bestaat ook indien dit nadeel niet aan het toedoen van het openbaar ministerie is te wijten of indien dit niet als een schending van artikel 8 EVRM kan worden aangemerkt.¹⁴⁰³ Advocaat-generaal Hofstee merkt in dit kader op dat ‘in gevallen waarin het Openbaar Ministerie de in het geding zijnde belangen, waaronder ik ook die van het slachtoffer (en eventueel de nabestaanden) reken, secuur heeft afgewogen in beginsel geen reden kan zijn voor strafvermindering’.¹⁴⁰⁴ De Hoge Raad lijkt een dergelijk signaal echter niet af te willen geven aan de strafrechter. Wel

¹³⁹⁸ EHRM 2 september 2010, 35623/05, r.o. 45, *EHRC 2010/11 (Uzun/Duitsland)*. Zie nader Groenouwe 2014.

¹³⁹⁹ Zie voor een zaak waarin deze belangenafweging niet tot een inbreuk op art. 8 EVRM leidt Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6574.

¹⁴⁰⁰ HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, *NJ 2016/111 m.nt. Myjer*.

¹⁴⁰¹ EHRM 28 januari 2003, 44647/98, r.o. 61, *EHRC 2003/24 (Peck/Verenigd Koninkrijk)*.

¹⁴⁰² HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, r.o. 4.4.2, *NJ 2016/111 m.nt. Myjer*.

¹⁴⁰³ HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, r.o. 4.5.1, *NJ 2016/111 m.nt. Myjer*.

¹⁴⁰⁴ HR (concl. A-G Hofstee) 13 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1198, nr. 54.

overweegt de Hoge Raad aan dat de genoemde factoren van belang zijn voor het bepalen van de ernst van het nadeel en mate waarin met die nadelige gevolgen bij de strafoplegging rekening wordt gehouden. In die zin biedt het arrest handvatten voor invulling van de straftoemetingenvrijheid en de daaraan ten grondslag liggende waardering van factoren die de feitenrechter toekomt.¹⁴⁰⁵ De Hoge Raad toetste het oordeel van het hof in de onderhavige zaak op begrijpelijkheid, welke toets in dit arrest niet tot cassatie leidde.

Voor zwaardere strafvorderlijke sancties is de speelruimte van de strafrechter veel beperkter. In paragraaf 2.4.1 is naar voren gekomen dat het recht op een eerlijk proces een minimumvoorwaarde voor de berechting van de verdachte inhoudt. Anders gezegd, de Staat heeft een positieve verplichting om het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM te waarborgen.¹⁴⁰⁶ Afwijking hiervan is niet mogelijk. Voor het Nederlandse strafproces betekent dit dat ook buiten de gevallen die artikel 359a Sv beslaat de eerlijkheid van het proces moet worden gegarandeerd.¹⁴⁰⁷ Ook bij het gebruik van de vruchten van burgeronderzoek, hoewel dit niet binnen de strafvorderlijke kaders valt, zal de procedure in zijn geheel eerlijk moeten verlopen. Indien de betreffende gedragingen de voormelde toets niet doorstaan, kunnen – zoals eerder is geconstateerd – strafvorderlijke consequenties in beeld komen.¹⁴⁰⁸ Bovendien kan de bewijsverzameling door particulieren zo ‘schandelijk’ zijn, dat het ‘niet strookt met de geloofwaardigheid van de organen van de rechtspleging’ om het verkregen materiaal als bewijs te gebruiken.¹⁴⁰⁹ Het is tegen deze achtergrond van artikel 6 EVRM en de beginselen van een behoorlijke procesorde begrijpelijk dat de Hoge Raad overweegt dat niet kan ‘worden uitgesloten dat onrechtmatig optreden van natuurlijke of rechtspersonen onder omstandigheden een zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde of veronachtzaming van de rechten van de verdediging in de strafzaak tot gevolg heeft dat dit dient te leiden tot uitsluiting van bewijsmateriaal dat tengevolge van dat onrechtmatig optreden is verkregen’.¹⁴¹⁰

¹⁴⁰⁵ Vgl. HR 26 juni 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8474, *NJ* 1985/138.

¹⁴⁰⁶ Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 2.

¹⁴⁰⁷ Zie bijv. HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, *NJ* 2011/169 m.nt. Schalken waarin is overwogen: ‘Ten aanzien van onderzoekshandelingen waarvan de uitvoering plaatsvindt onder verantwoordelijkheid van de buitenlandse autoriteiten van een andere tot het EVRM toegetreden staat, is de taak van de Nederlandse strafrechter ertoe beperkt te waarborgen dat de wijze waarop van de resultaten van dit onderzoek in de strafzaak tegen de verdachte gebruik wordt gemaakt, geen inbreuk maakt op zijn recht op een eerlijk proces, zoals bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM.’

¹⁴⁰⁸ Voor onrechtmatig verkregen materiaal dat de verdediging in het geding brengt ter staving van door opsporingsinstanties begane onrechtmatigheden geldt in mijn ogen hetzelfde. De inbreng van dergelijke informatie mag er niet toe leiden dat de procedure als geheel niet meer eerlijk kan verlopen. Zie nader Jörg 1996.

¹⁴⁰⁹ Resp. Knigge 1998, p. 165 en Meijers 1982, p. 60. Aldus ook HR (concl. A-G Fokkens) 16 oktober 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD1246, nr. 5, *NJ* 1991/175.

¹⁴¹⁰ Zie bijv. HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, *AAe* 2000, p. 117 m.nt. Buruma.

Bij de toepassing van dit criterium betreft de Hoge Raad in hoeverre de verdediging de ruimte heeft gekregen om de gewraakte bewijsmiddelen te betwisten.¹⁴¹¹ Deze nadruk op compenserende maatregelen is kenmerkend voor een toetsing aan artikel 6 EVRM, omdat dergelijke maatregelen een instrument bieden om het proces (alsnog) in zijn geheel als eerlijk te beschouwen.¹⁴¹²

Voor andere vormfouten die niet onder het bereik van artikel 359a Sv vallen, zoals onregelmatigheden in het onderzoek door een inlichtingen- en veiligheidsdienst, wordt eenzelfde kader aangehouden.¹⁴¹³ Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat terughoudend moet worden omgegaan met de sanctiëring van vormverzuimen. ‘Buiten het kader van art. 359a Sv’, zo heeft de Hoge Raad overwogen, ‘is slechts in uitzonderlijke gevallen plaats voor bewijsuitsluiting op grond van vormverzuimen.’¹⁴¹⁴ Bovendien is – zoals eerder is benadrukt – bij burgeronderzoek de sanctie van niet-ontvankelijkheid uitgesloten.¹⁴¹⁵ Deze inperking van sanctiëringmogelijkheden is opvallend te noemen. Beredeneerd kan worden dat een niet-ontvankelijkheid te zeer indruist tegen de verantwoordelijkheid van overheidsorganen voor het handelen van derden. Politie en justitie zijn in de onderhavige situatie niet betrokken bij de gedragingen van particulieren, waardoor het onredelijk is om verstrekkende consequenties te verbinden aan het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie. Maar de stelling van Buruma dat het Openbaar Ministerie ook een verantwoordelijkheid heeft voor informatie die ten grondslag ligt aan de vervolgingsbeslissing, legt in mijn ogen ook gewicht in de schaal.¹⁴¹⁶ Indien belangrijke, strafvorderlijke voorschriften of rechtsbeginselen zijn geschonden, verhoudt het gebruik hiervan zich moeilijk tot een redelijke en billijke belangenafweging door het Openbaar Ministerie. In het verlengde hiervan kan het pleidooi van Bleichrodt worden gelezen, die in deze situatie een prominenter plaats voor de behoorlijke strafrechtspleging bepleit.¹⁴¹⁷ Vanwege de mogelijkheid van compenserende maatregelen is de weg naar een schending van artikel 6 EVRM goeddeels afgesneden. Een meer zelfstandige betekenis van de beginselen van behoorlijke procesorde biedt in dat geval ruimte om toch de sanctie van niet-ontvankelijkheid te verbinden aan bewijsverkrijging waarbij een vergaande inbreuk is gemaakt op de grondrechten van de verdachte. Daarnaast zijn situaties denkbaar

¹⁴¹¹ Zie bijv. HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9038, *NJ* 2003/288 m.nt. Buruma en HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4321, *NJ* 2003/527.

¹⁴¹² Zie bijv. over anonieme getuigenverklaringen EHRM 26 maart 1996, 20524/92, *NJ* 1996/741 m.nt. Knigge (*Doorson/Nederland*) en in relatie tot uitlokking door een particulier EHRM 6 april 2004, 67537/01 (*Shannon/Verenigd Koninkrijk*).

¹⁴¹³ HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4144 en AV4149.

¹⁴¹⁴ HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0816, *NJ* 2013/414 m.nt. Borgers en HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2814, *NJ* 2013/415 m.nt. Borgers.

¹⁴¹⁵ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, *AAe* 2000, p. 117 m.nt. Buruma.

¹⁴¹⁶ De noot van Buruma, p. 121 bij HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, *AAe* 2000.

¹⁴¹⁷ Bleichrodt 2010, p. 17 en 18.

waarin deze sanctie toch is aangewezen.¹⁴¹⁸ De sanctie van niet-ontvankelijkheid lijkt mij bijvoorbeeld verdedigbaar indien het Openbaar Ministerie bewust gebruikmaakt van door foltering verkregen verklaringen, ook al is het niet bij deze onrechtmatigheid betrokken. De vervolging van de verdachte kan in die gevallen in strijd komen met de beginselen van een behoorlijke procesorde. Advocaat-generaal Knigge noemt het voorbeeld van een verdachte die ‘voor het strafbare feit waarvan hij wordt verdacht door de politie op volstrekt onoirbare wijze is “afgestraft”’. In die gevallen ‘kan het onbillijk zijn hem ook nog eens op reglementaire wijze te vervolgen en te bestraffen’.¹⁴¹⁹ Deze stelling van Knigge kan in mijn ogen ook worden toegepast op het onderhavige onderwerp. Indien een burger door middel van foltering een bekentenis afdwingt is ook sprake van een zekere ‘afstraffing’, waarbij het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging zou kunnen leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Om deze redenen zou het standpunt van de Hoge Raad heroverweging verdienen.

Bij het gebruik van door burgeronderzoek vergaard bewijs kan de behoorlijke strafrechtspleging een grondslag vormen voor strafprocessuele sancties. Gewezen kan worden op de door Brinkhoff besproken jurisprudentie waarin de vruchten van burgeronderzoek ‘panklaar’ werden overgenomen door justitie.¹⁴²⁰ De Rechtbank Haarlem sprak zich uit over een door het Openbaar Ministerie gepresenteerd procesdossier, dat nagenoeg geheel was opgebouwd uit een door de aangever samengesteld dossier.¹⁴²¹ De rechtbank was van oordeel dat het procesdossier onevenwichtig was samengesteld, onder meer omdat een aantal stukken van handgeschreven commentaar was voorzien door de aangever. De indruk bestond bij de rechtbank dat er niet of nauwelijks sprake was geweest van enige selectie of ordening van de door de aangever aangeleverde stukken en dat er nauwelijks sprake leek te zijn geweest van een zelfstandig onderzoek door het Openbaar Ministerie. Tegen deze achtergrond bestempelde de rechtbank de gang van zaken als onzorgvuldig. Hieraan werd de sanctie van strafvermindering verbonden. Het Hof Den Haag liet zich evenzeer kritisch uit over het gebruik van een door derden opgesteld dossier.¹⁴²²

¹⁴¹⁸ Vgl. de noot van Mevis, nr. 13 bij HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578, *NJ* 2008/358. Illustratief is het afsnijden van de sanctie van niet-ontvankelijkheid in het kader van een schending van de redelijke termijn, waarbij discussie bestond of bij een flinke overschrijding van de redelijke termijn in jeugdzaken toch deze sanctie in beeld kon komen. De Hoge Raad beantwoordde die vraag in HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2465, *NJ* 2016/40 m.nt. Mevis ontkennend.

¹⁴¹⁹ HR (concl. A-G Knigge) 18 januari 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO3374, nr. 13, *NJ* 2011/141 m.nt. Schalken.

¹⁴²⁰ Brinkhoff 2014, p. 52-54.

¹⁴²¹ Rb. Haarlem 6 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH7614.

¹⁴²² Hof Den Haag 22 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO8239.

In die zaak had het Openbaar Ministerie strafvervolgning ingesteld naar aanleiding van een dossier dat de FIOD-ECD van de stichting Brein, die zich onder meer inzet voor het handhaven van auteursrechten, had ontvangen. Volgens het hof was niet nader onderzoek verricht naar het dossier, waardoor enkel het door de stichting Brein aangeleverde dossier als grondslag heeft gediend voor de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie. Brinkhoff merkt terecht op dat deze handelwijze van het Openbaar Ministerie zich niet verhoudt met de verantwoordelijkheden van de officier van justitie zoals die onder meer in artikel 132a en 148 Sv zijn neergelegd.¹⁴²³ Het hof verklaarde het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk, omdat het niet in redelijkheid tot zijn vervolgingsbeslissing had kunnen komen en het met de beslissing om over te gaan op strafrechtelijke handhaving de beginselen van behoorlijke procesorde heeft geschonden. Hoewel dit oordeel met name was gestoeld op de vaststelling dat niet aan alle criteria voor strafrechtelijk optreden was voldaan die zijn neergelegd in de toepasselijke Aanwijzing Intellectuele Eigendomsfraude,¹⁴²⁴ kan worden aangesloten bij de conclusie van Brinkhoff dat de strafvorderlijke reactie mede begrepen kan worden als signaal dat het Openbaar Ministerie verantwoordelijk is voor de regie over de opsporing en de samenstelling van het strafdossier.¹⁴²⁵

In het voorgaande is duidelijk geworden dat de behoorlijke strafrechtspleging in het gedrang kan komen indien de overheid onzorgvuldig omgaat met de vruchten van burgeronderzoek. Waar in die situatie nog enige ruimte lijkt te bestaan om strafvorderlijke consequenties te verbinden aan onrechtmatigheden, heeft zich in de jurisprudentie nog geen situatie voorgedaan waarin de vruchten van onrechtmatig burgeronderzoek zijn uitgesloten van bewijs. Voor zover valt na te gaan heeft de Hoge Raad zich in 1990 voor het eerst uitgesproken over de strafvorderlijke betekenis van onrechtmatig verkregen bewijs door derden.¹⁴²⁶ In de betreffende zaak werd een persoon vervolgd voor het doen van onjuiste belastingaangiftes. Het onderzoek naar de verdachte was gestart door informatie van de FIOD-ECD, die door diefstal verkregen documenten in handen had gekregen van een oud-werknemer van de verdachte. Het verweer van de raadsman dat de onrechtmatigheid van de bewijsverkrijging in de weg staat aan het gebruik hiervan werd door het hof verworpen, omdat geenszins aannemelijk was geworden 'dat de betrokken opsporingsambtenaren er ook maar enigszins toe hebben bijgedragen dat zij de betreffende documenten in handen kregen'. Dit oordeel hield de Hoge Raad in stand. Evenmin casseerde de Hoge Raad op basis van het verweer dat er sprake was van heling door de FIOD-ambtenaren. De

¹⁴²³ Brinkhoff 2014, p. 54.

¹⁴²⁴ Aanwijzing Intellectuele Eigendomsfraude, *Stcrt.* 2006, 6.

¹⁴²⁵ Brinkhoff 2014, p. 54.

¹⁴²⁶ HR 16 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1246, *NJ* 1991/175.

betreffende gedraging viel niet onder het bestanddeel ‘als geschenk aannemen’ als bedoeld in artikel 416 Sr (oud), aldus de Hoge Raad.¹⁴²⁷

In het voormelde arrest hield de Hoge Raad vast aan de toetsing aan het inmengingscriterium. In de latere jurisprudentie werd een meer zelfstandige plaats ingeruimd voor artikel 6 EVRM en de beginselen van behoorlijke procesorde. Dat is bijvoorbeeld het geval in de zaak die aan de Hoge Raad werd voorgelegd waarin het strafrechtelijk onderzoek was gestart na het overhandigen van dossiers door de echtgenote van de verdachte. Deze dossiers waren door de aangever gestolen uit het huis van zijn ex-vrouw. De politie was hiervan op de hoogte. Op basis van deze informatie is een onderzoek gestart, waarbij het vermoeden bestond dat de verdachte inkomsten verzweeg die van invloed waren op de hoogte van haar uitkering. De Hoge Raad stelde dat de politie een redelijk vermoeden van schuld kon ontlenen aan de door de echtgenote aangevoerde dossiers. De Hoge Raad verwierp het verweer van de raadsman dat ‘het enkel gebruik van dossiers’ als zodanig niet is toegestaan. Het middel dat hierover klaagde achtte de Hoge Raad ongegrond. Hij overwoog: ‘niet valt in te zien waarom het enkele gebruik als in het middel bedoeld onder de door het Hof vastgestelde omstandigheden zou moeten leiden tot terzijdestelling van bewijsmateriaal als onrechtmatig verkregen in de strafzaak tegen de verdachte, zulks teminder nu [...] dit enkele gebruik onder die omstandigheden niet kan leiden tot schending van beginselen van een behoorlijke procesorde of tot veronachtzaming van de rechten van de verdediging in de strafzaak’.¹⁴²⁸ Deze overweging sluit naadloos aan bij de in paragraaf 2.4.2 besproken reactie op onrechtmatig verkregen bewijs. Indien de overheid geen bemoeienis heeft gehad met de onrechtmatige bewijsgaring, is zij in principe ontslagen van de verantwoordelijkheid voor deze gedragingen. Dat wordt niet anders indien de politie bekend is met het feit dat het overgedragen bewijs onrechtmatig is verkregen.

Uit de hiervoor besproken arresten blijkt dat een eventuele strafvorderlijke reactie op burgeronderzoek is gekoppeld aan de ernst van de door burgers begane onrechtmatigheid, waarbij de beginselen van behoorlijke procesorde en artikel 6 EVRM als graadmeter van deze ‘ernst’ functioneren. In dat kader kan worden opgemerkt dat particulieren zich veel kunnen veroorloven. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het zogenoemde Visa Card-arrest.¹⁴²⁹ Een creditcardmaatschappij vermoedde fraude en gelastte hierop een onderzoek. In dit onderzoek werd gecontroleerd of de aanvragers van een creditcard werkzaam waren bij het door hen vermelde bedrijf, werden bureaus van het (naar later bleek) valselijk opgegeven adres gevraagd een pand te

¹⁴²⁷ Zie over dit aspect van heling de noot van Corstens, nr. 3 bij HR 11 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC9998, *NJ* 1995/537 en Knigge 1996, p. 293.

¹⁴²⁸ HR 11 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC9998, *NJ* 1995/537 m.nt. Corstens.

¹⁴²⁹ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, *AAe* 2000, p. 117 m.nt. Buruma.

betreden en werden er gesprekken tussen de maatschappij en de zus van de verdachte opgenomen. De politie heeft deze informatie gebruikt in het opsporingsonderzoek. Van enige bemoeienis van de zijde van politie of justitie was geen sprake. De Hoge Raad herhaalt het uitgangspunt dat het onrechtmatig optreden van natuurlijke of rechtspersonen een zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde of veronachtzaming van de rechten van de verdediging in de strafzaak tot gevolg kan hebben, dat dit dient te leiden tot uitsluiting van bewijsmateriaal dat ten gevolge van dat onrechtmatig optreden is verkregen. Het is in dit arrest dat de Hoge Raad – zoals hiervoor bij is stilgestaan – de sanctie van niet-ontvankelijkheid expliciet heeft uitgesloten voor burgeronderzoek. Enkel bewijsuitsluiting of strafvermindering is in dat geval als sanctie mogelijk, maar de Hoge Raad ziet in deze zaak geen aanleiding voor een dergelijke strafvorderlijke reactie.

De vraag blijft daardoor onbeantwoord welke gevallen onder de uitzonderingsregel dienen te worden geschaard. Verschillende suggesties zijn hieromtrent gedaan: het verkrijgen van een verklaring door mishandeling¹⁴³⁰ of door foltering,¹⁴³¹ het opnemen van een biecht,¹⁴³² of de verklaring van een persoon die aan hypnose is onderworpen.¹⁴³³ Behoudens foltering is het bij deze uitzonderlijke situaties de vraag of de Hoge Raad consequenties zal verbinden aan de geconstateerde onrechtmatigheid. Wel heeft de Hoge Raad in het reeds besproken portierarrest de hier centraal staande uitzondering geëxpliciteerd met de volgende rechtsoverweging:

‘Niet kan worden uitgesloten dat de rechter op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat een fouillering die is verricht door een daarmee belaste particulier, een zodanige schending vormt van een (belangrijk) strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel dat het resultaat daarvan niet kan meewerken tot het bewijs. Daarvan kan sprake zijn indien overheidsdienaren op enigerlei wijze direct of indirect betrokken zijn bij het gewraakte optreden van die particulier of op enige andere wijze diens gedrag hebben geïnitieerd of gefaciliteerd (vgl. HR 14 november 2006, LJN AX7471, NJ 2007/179).’¹⁴³⁴

In deze overweging kan worden gelezen dat – zo heeft de Hoge Raad eerder overwogen – niet uitgesloten is dat de ‘fouillering die is verricht door een daarmee belaste particulier, zo zeer in strijd is met het recht dat het resultaat daarvan niet kan meewerken tot het bewijs’.¹⁴³⁵ Dit betreft dan de situatie waarin politie en justitie part

¹⁴³⁰ Brinkhoff 2008, p. 93.

¹⁴³¹ Bleichrodt 2010, p. 18.

¹⁴³² HR (concl. A-G Fokkens) 16 oktober 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD1246, nr. 5, NJ 1991/175.

¹⁴³³ HR (concl. A-G Machielse) 14 januari 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AE9038, nr. 3.3, NJ 2003/288 m.nt. Buruma.

¹⁴³⁴ HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7636, NJ 2012/264.

¹⁴³⁵ HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7501.

noch deel hebben gehad aan het handelen van particulieren. Opvallend is dat de Hoge Raad het toetsingskader van artikel 359a Sv lijkt toe te passen op burgeronderzoek. In de eerste volzin houdt de Hoge Raad een nieuwe formulering aan, die bijna geheel overeenkomt met de reguliere bewijsuitsluitingsregel van artikel 359a Sv. In het afvoerpijparrest wordt bewijsuitsluiting immers gereserveerd voor het geval er een schending is 'van een (belangrijk) strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel', waarbij in het portierarrest de voor burgeronderzoek kenmerkende voorwaarde van een 'zodanige schending' is toegevoegd. Deze toevoeging is waarschijnlijk een vervanging van de voorwaarde dat het recht in 'aanzienlijke mate' is geschonden, zoals dat voor bewijsuitsluiting in het afvoerpijparrest is geformuleerd.

Maar ook in de tweede volzin lijkt de Hoge Raad de situatie waarin politie noch justitie bemoeienis heeft gehad in het toetsingskader van artikel 359a Sv te schuiven. In deze zin legt de Hoge Raad een verband ('daarvan kan sprake zijn...') tussen de eerste volzin – die ziet op het toetsingskader van burgeronderzoek – en de tweede volzin, welke ziet op de situatie dat politie of justitie betrokken is geweest bij het handelen van de particulier. Daarmee lijkt de Hoge Raad beide toetsingskaders met elkaar te verbinden. Dat is opvallend, omdat gebleken is dat burgeronderzoek en burgerbijstand twee afzonderlijke situaties betreffen met een eigen toetsingskader.

Kuiper zoekt een verklaring voor de genoemde onduidelijkheid in het feit dat in het portierarrest het handelen van particuliere beveiligers centraal stond. Een strengere toets zou een reactie kunnen zijn op de in hoofdstuk 2 gesignaleerde opkomst van particuliere beveiligingsorganisaties, zodat rechters greep kunnen houden op deze sector, aldus Kuiper.¹⁴³⁶ Twee kanttekeningen kunnen hierbij geplaatst worden. Ten eerste, zo stelt Kuiper ook, kan afgevraagd worden waarom de Hoge Raad niet in duidelijkere bewoordingen een dergelijke uitzondering zou onderbouwen. Ten tweede kan gesteld worden dat in het hiervoor besproken Visa Card-arrest deze maatstaf niet werd gebezigd, terwijl het ook daar ging om particulier recherchewerk.¹⁴³⁷ Opmerking verdient dat in dat arrest geen sprake was van enige strafvorderlijke bemoeienis, terwijl daar wel sprake van was in de casus leidend tot het arrest uit 2012.

Betoogd kan worden dat de Hoge Raad met de eerste volzin ('Niet kan worden uitgesloten...') het oog heeft op de situatie dat er wel sprake is van enige bemoeienis. In dat geval is het toetsingskader van artikel 359a Sv inderdaad van toepassing. Maar deze hypothese wordt ontkracht door het gebruik van het woord 'kan'. Het gebruik van dit hulpwerkwoord impliceert dat dit toetsingskader ook kan gelden voor situaties waarin geen sprake is van overheidsbemoeienis. Het materieelrechtelijk gelijktrekken van beide situaties is vanuit het oogpunt van coherentie een positieve ontwikkeling. Het is evenwel de vraag of de Hoge Raad daadwerkelijk heeft beoogd om beide toetsingskader

¹⁴³⁶ Kuiper 2014, p. 234.

¹⁴³⁷ HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1605, AAe 2000, p. 117 m.nt. Buruma.

te vermengen. In andere situaties die buiten de reikwijdte van artikel 359a Sv vallen, maar waarin de Hoge Raad desondanks ruimte ziet voor een strafvorderlijke sanctie, lijkt een dergelijke tendens niet waarneembaar.¹⁴³⁸ Daarnaast roept de formulering van de Hoge Raad veel vragen op. Wordt de overheid sneller aansprakelijk gehouden voor door burgers begane onrechtmatigheden? De toepassing van het toetsingskader van artikel 359a Sv lijkt dat wel te suggereren, hoewel de Hoge Raad in het portierarrest geen nieuwe koers lijkt te varen. Bovendien speelt de vraag naar de verdere implicaties van het toetsingskader van artikel 359a Sv. Is het in 2012 gewezen Examen-arrest, waarin bewijsuitsluiting ook buiten artikel 6 EVRM wordt opengelaten, van toepassing?¹⁴³⁹ En komen ook andere sancties in beeld? Deze vragen blijven voorlopig onbeantwoord. Wel biedt – indien de Hoge Raad inderdaad geen materieel onderscheid ziet tussen artikel 359a Sv en daarbuiten – dit toetsingskader voor de rechter mogelijkheden om het bewijs dat particulieren zelfstandig hebben aangedragen indringender te toetsen.

3. Reflectie

In dit hoofdstuk is aan de hand van juridische en dogmatische pijlers de strafvorderlijke betekenis van door particulieren vergaard bewijs verkend. Aangevangen is met een driedeling van categorieën burgers. Een onderscheid is gemaakt tussen burgers die onder het gezag van de overheid onderzoekshandelingen verrichten, onderzoeksactiviteiten door burgers waarbij sprake is van inmenging door de overheid en burgers die geheel zelfstandig onderzoek hebben verricht. Hierbij kan een parallel getrokken worden met het onderscheid dat in dit boek gemaakt is tussen burgerbijstand (de eerste categorie) en burgeronderzoek (de laatste categorie). De categorie die ziet op de inmenging door de overheid representeert het grijze gebied dat tussen burgerbijstand en -onderzoek bestaat. De gemaakte verdeling biedt houvast om het toepasselijke juridische kader te verklaren.

Voor de rechterlijke reactie op vormverzuimen tijdens het voorbereidend onderzoek is artikel 359a Sv het standaardartikel. Op grond van dit artikel kunnen aan onrechtmatigheden in de opsporing strafvorderlijke reacties worden verbonden. Door burgers begane onrechtmatigheden – die immers niet het predicaat opsporing kunnen dragen – kunnen niet zonder meer onder dit artikel worden geschaard. Gezocht dient dan ook te worden naar een juridische grondslag om het handelen van particulieren in verbinding te brengen met de overheid. Die grondslag kan met name gevonden worden in artikel 8 EVRM. Uit dit artikel volgt dat de betrokkenheid van de overheid (artikel 8 EVRM spreekt over ‘inmenging’) bij inbreuken op grondrechten

¹⁴³⁸ Zie nader de noot van Borgers bij HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2814, *NJ* 2013/415.

¹⁴³⁹ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.5, *NJ* 2013/308 m.nt. Keulen.

van burgers een schending van dat artikel kan opleveren. Indien aan het zogeheten inmengingscriterium is voldaan staat het handelen van de overheid centraal en kan artikel 359a Sv alsnog in beeld komen. Deze benadering berust goeddeels op de gedachte dat de overheid enkel verantwoordelijk kan worden gehouden voor hetgeen onder haar verantwoordelijkheid heeft plaatsgevonden. Voor burgeronderzoek is deze inmenging in ieder geval niet aan te nemen, omdat deze burgers geheel zelfstandig bewijs hebben vergaard. In dat geval bieden enkel de ondergrens van een recht op een eerlijk proces en de beginselen van een behoorlijke procesorde enig soelaas. De toch al beperkte reikwijdte van deze uitzonderingen wordt nog eens extra benadrukt doordat bij burgeronderzoek, anders dan bij burgerbijstand, de niet-ontvankelijkheid als strafvorderlijke reactie is uitgesloten.

Nu artikel 359a Sv gericht is op het handelen van de overheid rijst de vraag welke verantwoordelijkheid de burger heeft voor het door hem aangedragen bewijs en welke invloed een rol van de overheid bij de bewijsgaring door derden hierop heeft. Het hier centraal staande strafvorderlijke sluitstuk van de bijdragen van burgers aan de opsporing draait dan ook in de kern om de vraag naar de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de burger en de overheid in het strafproces. Voor een inkadering hiervan is in paragraaf 2.4.3 een toetsingskader gepresenteerd, welk kader houvast biedt bij de verdeling van verantwoordelijkheden tussen particulieren en de overheid in de opsporing. Voor een verdere analyse van deze verantwoordelijkheidsverdeling kan teruggevallen worden op de in dit boek aangehouden primaire verantwoordelijkheden van de overheid in de opsporing. Zo dient het primaat van de opsporing bij de overheid te liggen. Het is dan ook verklaarbaar dat in de jurisprudentie voornamelijk het handelen van de strafvorderlijke overheid centraal staat. Deze nadruk op de verantwoordelijkheid van de overheid voor de opsporing komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de situatie dat het Openbaar Ministerie de ‘panklare’ onderzoeksresultaten van derden overneemt. In die gevallen blijft het verantwoordelijk voor de regie over de opsporing en de samenstelling van het strafdossier. Uiteraard kan van belang zijn of het handelen van een derde een inbreuk op het eerste lid van artikel 8 EVRM oplevert, maar strafprocessuele consequenties komen pas in beeld indien de overheid iets te verwijten valt. In de M.M.-zaak bijvoorbeeld was het opnemen van telefoongesprekken door het slachtoffer op zichzelf niet onrechtmatig, maar het niet naleven van de toepasselijke wettelijke regelgeving door de overheid was dit wel. Dit verwijt aan de overheid vond zijn basis in de inmenging van de Staat bij het handelen van derden. Deze zaak is eveneens illustratief voor de terughoudendheid van de Hoge Raad om gedragingen van particulieren onder de verantwoordelijkheid van de overheid te scharen, daar de Hoge Raad, anders dan het EHRM, geen inmenging had vastgesteld. De benadering waarin de nadruk ligt op de strafprocessuele verantwoordelijkheden van de overheid in

het kader van de opsporing en in beginsel niet op de verantwoordelijkheid van burgers voor de bewijsgaring, is ook zichtbaar bij burgeronderzoek. In die situatie kunnen de gedragingen van derden niet op de voet van artikel 8 EVRM worden toegerekend aan de overheid. Door de bank genomen komen strafprocessuele sancties dan ook niet in beeld bij onrechtmatige gedragingen van derden waar de overheid geen bemoeienis mee heeft gehad.

Gesteld kan dan ook worden dat in de huidige stand van het recht het handelen van particulieren, met uitzondering van flagrante schendingen van het recht, niet centraal staat. Een neveneffect van deze benadering is dat de blik van rechters niet snel gericht is op het toetsen van de gedragingen van burgers. Dit kan ten koste gaan van de andere verantwoordelijkheid van de overheid: het waarborgen van de kwaliteit van de opsporing. Indien de bijdragen van burgers aan de opsporing niet streng worden getoetst, staat veelal niets in de weg aan het gebruik van door burgers aangeleverde informatie. Zodoende hoeft voor het Openbaar Ministerie de rechtmatigheid van door derden aangeleverde informatie slechts een marginale rol te spelen bij de afweging om dergelijke informatie te gebruiken voor de opsporing. Kenmerkend is de opmerking van de toenmalige voorzitter van het College van procureurs-generaal Brouwer dat het Openbaar Ministerie in dit kader ‘veel, heel veel zelfs, misschien wel te veel’ mag.¹⁴⁴⁰ Bij deze stand van zaken kan de integriteit van de opsporing onder druk komen te staan. Zo kan dit een voedingsbodem creëren waarin onrechtmatigheden worden afgeschoven op particulieren, zonder dat enige sanctie in beeld komt. Het is niet voor niets dat het EHRM meermalen gewaarschuwd heeft voor een dergelijk risico. Dit risico bestaat veel minder in het geval er meer beperkingen worden gelegd op het gebruik van door burgers aangedragen bewijs. Daarvan is sprake bij de regeling omtrent de herziening ten nadele. In artikel 482a lid 4 Sv is een eenvoudig kader gecreëerd om bij onrechtmatig burgeronderzoek en -bijstand tot bewijsuitsluiting te komen. Het verdient echter opmerking dat de uitsluiting van particulier vergaard bewijs dat jegens de gewezen verdachte een strafbaar feit oplevert, dan wel onrechtmatig is jegens hem, de wettelijke systematiek van het sanctioneren van vormverzuimen doorkruist. In de regeling van artikel 482a lid 4 Sv wordt namelijk de nadruk gelegd op de onrechtmatige gedraging van de burger en niet op de omgang van de overheid met het door particulieren verkregen bewijs. Het bijzondere karakter van de herziening ten nadele kan de ruime bewijsuitsluitingsregel verklaren, maar in de huidige vormgeving van de sanctionering van vormverzuimen lijkt weinig ruimte te bestaan voor een dergelijke benadering. Desondanks zijn in relatie tot artikel 359a Sv voorzichtige signalen waarneembaar dat de panelen aan het schuiven zijn. Zo heeft de Hoge Raad in 2015 een arrest gewezen waarin voor het eerst – zonder dat hieraan een herzieningsverzoek

¹⁴⁴⁰ Brouwer 2008a.

ten grondslag lag – aangenomen werd dat aan het inmengingscriterium is voldaan. De rechtspraak van de Hoge Raad lijkt dan ook nog in ontwikkeling. In het volgende, afsluitende hoofdstuk wordt besproken in welke richting het onderhavige leerstuk zich in mijn ogen zou moeten ontwikkelen.

VI EEN (TOEKOMST)PERSPECTIEF OP DE BURGER EN DE OPSPORING

1. Inleiding

In dit afsluitende deel van het onderzoek kan de eindbalans worden opgemaakt. Rode draad in deze studie betreft de volgende onderzoeksvraag:

Hoe verhoudt de bijdrage van de burger aan de opsporing zich tot de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de opsporing?

Voor de beantwoording van deze vraag zijn in hoofdstuk 2 de verantwoordelijkheden van de overheid in de opsporing beschreven. In de daaropvolgende hoofdstukken stond de invulling van deze verantwoordelijkheden binnen (hoofdstuk 3) en buiten (hoofdstuk 4) de kaders van het Wetboek van Strafvordering centraal. Ten slotte is in hoofdstuk 5 de strafvorderlijke betekenis van door burgers vergaard bewijs besproken. De voornaamste bevindingen uit deze hoofdstukken worden in de volgende paragraaf gepresenteerd.

Deze bevindingen bieden eveneens aanknopingspunten om stil te staan bij de rol die de burger zou moeten krijgen in de opsporing. Daartoe wordt in paragraaf 3 besproken welke rol de wetgever daarbij voor ogen staat. In paragraaf 4 staat mijn eigen voorstel centraal. In de afsluitende twee paragrafen wordt stilgestaan bij de beperkingen van dit onderzoek, worden nieuwe onderzoekslijnen besproken en worden de belangrijkste bevindingen kort gepresenteerd.

2. Voornaamste bevindingen

In dit boek is naar voren gekomen dat de betrokkenheid van burgers in de opsporing wordt gekenmerkt door het benutten van kansen enerzijds en het afwenden van gevaren anderzijds. Burgers blijken noodzakelijk voor een effectieve opsporing, maar deze (onvermijdelijke) rol voor burgers brengt ook risico's mee; risico's voor de burger zelf, voor de verdachte en voor het strafproces als zodanig.¹⁴⁴¹ Particulieren kunnen bijvoorbeeld gevaar lopen door mee te werken aan de opsporing, maar ook het risico

¹⁴⁴¹ Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 83, p. 11.

dat de bijdrage van burger gericht is op het verbeteren van zijn eigen criminele positie illustreert de keerzijde van de betrokkenheid van derden in de opsporing. Door onder meer voorwaarden te stellen aan de inzet van burgers in de opsporing en toezicht te houden op de particuliere recherche, probeert de overheid dergelijke risico's te verminderen. De omgang met burgers vormt dan ook een wezenlijk onderdeel van de overheidstaak tot opsporing.

Oorspronkelijk was de opsporing een private aangelegenheid. Pas in de loop van de middeleeuwen kreeg de centrale overheid het strafmonopolie in handen. Bij deze ontwikkeling speelden de waarborgen die de Staat in de opsporing kon bieden een belangrijke rol. Afgezet tegen privaat onderzoek, kon de Staat meer uniformiteit en minder willekeur garanderen. Daarnaast was de opsporing een machtsmiddel; het in handen hebben van de opsporing versterkte het overheidsgezag. Dit waren de voornaamste redenen dat de opsporing een typische overheidstaak werd.¹⁴⁴² Deze overheidstaak bracht ook verantwoordelijkheden mee. Zo dient het primaat van de opsporing bij de overheid te liggen en is diezelfde overheid verantwoordelijk voor de kwaliteit van de opsporing.¹⁴⁴³ In het huidige Wetboek van Strafvordering voeren deze uitgangspunten ook de boventoon; de officier van justitie heeft de leiding over het opsporingsonderzoek en de toepassing van dwangmiddelen is bijvoorbeeld met kwaliteitswaarborgen omgeven.

Om de overheidstaak tot opsporing te garanderen, moet de Staat een betrouwbare, gedegen en met rechtswaarborgen omgeven opsporing garanderen. Mocht zij daar niet aan voldoen, dan zal de meerwaarde van de overheidstaak tot opsporing ten overstaan van privaat onderzoek al snel ter discussie komen te staan.¹⁴⁴⁴ Voor de invulling van de voornoemde verantwoordelijkheden bleek – paradoxaal genoeg – de betrokkenheid van burgers noodzakelijk. Als gevolg van handhavingstekorten, nieuwe technologische mogelijkheden en een toegenomen verantwoordelijkheidsgevoel voor de veiligheid is de burger in de loop van de jaren '80 van de vorige eeuw steeds zichtbaarder geworden in de opsporing. Deze ontwikkeling leidde tot nieuwe vragen over de plaats van de burger in de strafvordering en de weerslag die deze rol heeft op de eerdergenoemde verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de opsporing. Dit onderzoek heeft geleid tot de volgende antwoorden op deze vragen.

De toegenomen interesse voor de burger in de opsporing is niet meteen zichtbaar in het Wetboek van Strafvordering. In het gehele palet aan bepalingen die gewijd zijn aan de opsporing, is er slechts een beperkt aantal artikelen die invulling geeft aan de betrokkenheid van burgers in de opsporing.¹⁴⁴⁵ Kenmerkend aan die artikelen is dat

¹⁴⁴² Hfd. 2 §2.

¹⁴⁴³ Hfd. 2 §5.

¹⁴⁴⁴ Hfd. 2 §5.

¹⁴⁴⁵ Hfd. 3.

het principe van subsidiariteit leidend is. Zo staat de inzet van een burgerinfiltrant enkel open indien niet kan worden volstaan met politieke infiltratie, zijn toezeggingen aan getuigen enkel toegestaan als uiterste redmiddel en is de extraterritoriale strafvordering ingegeven door het feit dat de rechtsorde buiten het rechtsgebied van de rechtbanken niet gemakkelijk door de overheid kan worden gehandhaafd. Zodoende is de rol van de burger in het Wetboek van Strafvordering terug te voeren tot het opvullen van lacunes in de rechtshandhaving.¹⁴⁴⁶ Toch drukt bij nadere beschouwing de burger een steeds groter stempel op het strafvorderlijke wetboek. In het bijzonder is een beroep op de steeds moeilijker te doordringen criminele organisaties een beproefd recept gebleken om de burger een grotere rol toe te meten in het strafvorderlijke systeem. Dit is bijvoorbeeld zichtbaar bij de discussies rondom de toezeggingen aan kroongetuigen en de positie van de criminele burgerinfiltrant.¹⁴⁴⁷ Typerend aan deze discussies is dat zij gepaard gaan met fundamentele vragen over ons strafvorderlijke systeem, bijvoorbeeld tot hoe ver de overheid wil gaan om tot de opheldering van strafbare feiten te komen. Dergelijke vragen zijn een uitvloeisel van het feit dat de burger zich niet altijd gemakkelijk laat inpassen in het strafvorderlijke systeem. Zo vallen de aan burgers opengestelde dwangmiddelen buiten de klassieke grenzen van artikel 1 Sv, maar hebben zij desondanks wel een plaats gekregen in het Wetboek van Strafvordering.¹⁴⁴⁸ Ook de discrepantie tussen de kroongetuigeregeling en de getuigplicht in strafzaken, de verhouding tussen de rol van de burger in de Wet BOB en de artikelen 141 en 142 Sv, de verantwoordelijkheidsverdeling rondom het vrijwillig verstrekken van opsporingsinformatie en de perikelen rondom de afscherming van informanten, geven blijk van de gecompliceerde verhouding tussen burgers en het Wetboek van Strafvordering.¹⁴⁴⁹

De hiervoor beschreven complexe positie van de burger in het strafvorderlijke systeem in belangrijke mate toe te schrijven aan de overheidsgerichte insteek van het Wetboek van Strafvordering. In dit wetboek staat de klassieke visie van de opsporing als exclusieve overheidstaak centraal.¹⁴⁵⁰ Daarnaast speelt mee dat de belangen van de burger en de overheid in de opsporing niet altijd gelijk opgaan. Zo staat in het strafvorderlijke systeem het belang van waarheidsvinding voorop. Particulieren hebben echter niet altijd de wil om hieraan mee te werken, of zijn daar enkel onder voorwaarden toe bereid. Hoewel het strafvorderlijke systeem hierop inspeelt, bijvoorbeeld door verplichtingen om bij te dragen aan de opsporing en door het toestaan van geldelijke beloningen, heeft dit niet geleid tot de gewenste benutting

¹⁴⁴⁶ Hfd. 3 §7.

¹⁴⁴⁷ Resp. hfd. 3 §4 en §3.4.2.

¹⁴⁴⁸ Hfd. 3 §2.

¹⁴⁴⁹ Resp. hfd. 3 §4.1; hfd. 1 §3; hfd. 3 §6 en §3.3.

¹⁴⁵⁰ Hfd. 2 §4.

van het potentieel van burgers in de opsporing. Om de burger toch te bewegen een bijdrage te leveren aan de opsporing, is steeds meer ruimte gecreëerd om tegemoet te komen aan hun wensen. Dit proces werd versterkt door het gegeven dat de burger vaak als laatste redmiddel in het opsporingsonderzoek wordt betrokken. Vanwege deze plaats van de burger in de strafvordering, is hij in een sterke positie komen te staan om eisen te stellen. Dit draagt het risico in zich dat de belangen van meewerkende burgers te veel prevaleren. Pregnant voorbeeld is het versterken van de criminele positie van de meewerkende burger, waarvan pas na de Commissie-Van Traa het besef doordrong dat hiervoor geen plaats is in het strafvorderlijke systeem. Voor andere belangen zijn de risico's op voorhand minder duidelijk, zoals bij het afschermen van de identiteit van de meewerkende burger. In dit boek is zichtbaar geworden dat het Openbaar Ministerie ruimte laat voor dergelijke belangen. In navolging daarvan is de wetgever ook open gaan staan voor het waarborgen van anonimiteit, zoals door de Wet processtukken.¹⁴⁵¹ De gevolgen van de rol die de burger in de strafvordering vervult, zijn daarmee steeds zichtbaarder geworden. Het door Bleichrodt getypeerde gewenningsproces van het strafvorderlijke wetboek en de binnen die kaders opererende burger, is zodoende steeds meer in gang gezet.¹⁴⁵² De verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de strafvordering zijn daarmee echter steeds meer onder druk komen te staan.

De afhankelijkheid van wat in dit boek als 'burgerbijstand' is geduid, brengt het risico mee dat de overheid te veel haar oren laat hangen naar deze burger. De waarheidsvinding kan hiermee gediend zijn, maar andere te respecteren belangen dreigen hierdoor ondergesneeuwd te raken. Zo is de verruiming van de waarborgen rondom anonimiteit ten koste gegaan van de rechtspositie van de verdachte burger, heeft het ongebruikt laten van artikel 126v Sv de controleerbaarheid van de inzet van informanten bemoeilijkt en kan worden afgevraagd of de mogelijke verruiming van de kroongetuigeregeling voldoende waarborgen biedt om potentieel misbruik te voorkomen.¹⁴⁵³ Deze wisselwerking tussen de verruiming van de rechten van de bijstand verlenende burger en de inperking van (veelal) de rechten van de verdachte, is in zekere zin onvermijdelijk. Toch kunnen hierdoor andere, niet per definitie lager te waarderen belangen in het gedrang komen. Zo bemoeilijkt het faciliteren van burgerbijstand het bewaken van de pijlers van de strafvordering. Dit is bijvoorbeeld zichtbaar in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen burger en justitie in het kader van artikel 359a Sv. De vruchten van burgerbijstand worden door justitie geplukt, maar de verantwoordelijkheid voor het handelen van burgers werpt het Openbaar Ministerie veelal van zich.¹⁴⁵⁴ De kwaliteit van en de controle over de opsporing worden daardoor

¹⁴⁵¹ Hfd. 3 §3.3.3.4.

¹⁴⁵² Bleichrodt 2010, p. 33.

¹⁴⁵³ Resp. hfd. 3 §3.3.3; §3.3.3.5 en §4.4.

¹⁴⁵⁴ Hfd. 5.

onvoldoende bewaakt. Feit is echter dat in de meer grijze gebieden het Openbaar Ministerie de rechter meer dan eens aan zijn zijde vindt. Veelal wordt geconcludeerd dat er sprake is van wat in dit boek ‘burgeronderzoek’ is genoemd; de overheid is niet actief betrokken geweest bij het handelen van de burger en kan dan ook niet verantwoordelijk worden gehouden voor het handelen van deze derde.

Andere aspecten van de positionering van burgers in het Wetboek van Strafvordering verdienen daarentegen juist een positief oordeel. Zo is er veel geïnvesteerd in het toezicht op de onder de overheid ressorterende burgers. Ook spant het Openbaar Ministerie zich in voor het waarborgen van de belangen van burgers die bijdragen aan de opsporing, bijvoorbeeld ten aanzien van de anonimiteit van de bijstand verlenende burger.¹⁴⁵⁵ Daarmee vermindert justitie de risico’s die verbonden zijn aan de bijdragen van derden aan de opsporing. Daarnaast worden de grenzen van het strafvorderlijke wetboek door de wetgever streng bewaakt. Zo werd de vraag of de particuliere recherche een plaats moest krijgen in het Wetboek van Strafvordering afgedaan met de stelling dat dit zich niet verhoudt met de opsporing als overheidstaak.¹⁴⁵⁶ En met het voornemen om het steundwangmiddel van inbeslagname voor burgers uit het wetboek te halen, neemt de rol van de burger in het strafvorderlijke wetboek getalsmatig af.¹⁴⁵⁷ Het overheidskarakter van de opsporing wordt in die zin bewaakt.

De keerzijde van een afgebakend Wetboek van Strafvordering is dat er een groot domein is waarin onderzoek door burgers wordt verricht – in dit boek als burgeronderzoek geduid –, dat veelal buiten het gezichtsveld van het Openbaar Ministerie plaatsvindt. In dit domein wordt de positie van de onderzoekende burger vormgegeven door de regels van het strafrecht en het civiele recht. Deze regels staan, zo is in dit boek gebleken, niet in de weg aan een ondersteunende rol voor de burger in de opsporing.¹⁴⁵⁸ De invulling van deze ondersteunende rol laat zich, anders dan bij burgerbijstand, echter niet in één omvattend kader plaatsen. De bijdragen van burgers zijn daarvoor te divers en bovendien is de bijdrage die de burger kan of mag leveren, afhankelijk van zijn hoedanigheid. Wel zijn enkele karakteristieke eigenschappen van burgeronderzoek aan te wijzen. Zo verkeert de persoon op wie het particuliere onderzoek zich richt zich veelal in een kwetsbaardere positie, dan wanneer het onderzoek plaatsvindt binnen strafvorderlijke kaders. Het strafvorderlijk stelsel van normen en waarborgen is in een context van burgeronderzoek immers niet van toepassing. Van deze burger wordt dan ook een actievere houding verwacht om zijn rechten te waarborgen.¹⁴⁵⁹ Een

¹⁴⁵⁵ Hfd. 3 §3.3.3.5.

¹⁴⁵⁶ Hfd. 4 §5.1.

¹⁴⁵⁷ Hfd. 3 §2.3.

¹⁴⁵⁸ Hfd. 4.

¹⁴⁵⁹ Hfd. 2 §4.6 en hfd. 4.

andere kenmerkende eigenschap van burgeronderzoek is dat de zelfstandige bijdrage van de burger aan de opsporing, net als bij burgerbijstand, het resultaat is van een belangenafweging tussen het belang van de strafvordering en andere te respecteren belangen. De belangen van derden staan bijvoorbeeld centraal (voor de particuliere recherche), of het overkoepelende belang van de democratische waakhondfunctie (voor de journalistiek). Maar in vergelijking met burgerbijstand heeft de overheid veel minder instrumenten in handen om de burger te verleiden tot een bijdrage aan de strafvordering. Om die reden wordt in dat kader niet alleen ingezet op vrijwilligheid, maar ook – anders dan bij burgerbijstand – op dwang. Onder deze laatste categorie kan bijvoorbeeld de regeling tot het vorderen van gegevens worden geplaatst. Daarmee is niet enkel de strafvordering gebaat, maar kunnen ook aansprakelijkheidskwesties voorkomen worden. Een dergelijke symbiose tussen de belangen van de burger en de overheid is echter geen vanzelfsprekendheid, aangezien deze belangen niet altijd parallel lopen. Welk belang in voorkomende gevallen prevaleert, is afhankelijk van de in het geding zijnde rechten. Voornamelijk de in het EVRM gewaarborgde grondrechten kunnen een afweermiddel vormen tegen het gedwongen bijdragen aan de strafvordering, zoals het in artikel 10 EVRM gewaarborgde recht van de vrijheid van nieuwsgaring.¹⁴⁶⁰

Hoewel burgeronderzoek plaatsvindt buiten het gezichtsveld van de strafvorderlijke overheid, mag de overheid zich niet afzijdig houden van dit domein. Positieve verplichtingen brengen mee dat de Staat onder omstandigheden grondrechten moet waarborgen in horizontale verhoudingen. Als het meest zichtbare resultaat van deze verplichting kan gewezen worden op de normering van de particuliere recherche door de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus. Maar ook de in het Wetboek van Strafrecht neergelegde bepalingen die zien op de privacy van de burger, kunnen als een uitvloeisel van deze positieve verplichting worden beschouwd. De wetgever houdt zich dan ook niet afzijdig van het terrein dat burgeronderzoek beslaat. Hier dient voor gewaakt te worden, omdat burgeronderzoek risico's kan meebrengen voor de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de opsporing. Illustratief is de rechtspraak waarin door de particuliere recherche aangelegde dossiers min of meer integraal werden overgenomen in het procesdossier. In die gevallen blijft justitie verantwoordelijk voor de regie over de opsporing en de samenstelling van het strafdossier.¹⁴⁶¹ Bij het gebruik van de onderzoeksresultaten van particulieren als startinformatie of bewijs is derhalve terughoudendheid geboden. Van een algemene onderkenning van de risico's die verbonden zijn aan burgeronderzoek lijkt echter geen sprake. Zo zijn er weinig juridische barrières die de inbreng van door burgers vergaard bewijs bemoeilijken. Het toepasselijke juridische kader stelt immers de betrokkenheid

¹⁴⁶⁰ Hfd. 4 §3.4 en §5.2.

¹⁴⁶¹ Hfd. 5 §2.4.4.

van de overheid bij onrechtmatigheden centraal en niet het onrechtmatig handelen van de burger als zodanig.¹⁴⁶² De geformaliseerde samenwerking tussen politie en justitie enerzijds en de particuliere recherche anderzijds toont aan dat dit uitgangspunt verlamrend kan werken voor de invulling van de strafvorderlijke verantwoordelijkheden van de overheid.¹⁴⁶³ In die situatie wordt de particuliere recherche veelal juridisch op afstand gezet, waardoor eventuele onrechtmatigheden niet kunnen terugslaan op de Staat, maar wel gebruikgemaakt kan worden van de informatie die deze samenwerking oplevert. De eerder geformuleerde benadering leidt er dan ook toe dat door particulieren aangedragen informatie onverkort bruikbaar is voor het bewijs, tenzij er sprake is van een zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde of veronachtzaming van de rechten van de verdediging, dat een strafvorderlijke sanctie dient te volgen.¹⁴⁶⁴ Dit gegeven, in combinatie met de observatie dat er bij het Openbaar Ministerie geen schroom lijkt te bestaan om dergelijk bewijs in te brengen in een strafzaak, rechtvaardigt de conclusie dat de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van burgeronderzoek *de facto* bij de burger ligt. In die zin is de benadering van justitie ten aanzien van burgerbijstand en burgeronderzoek niet verschillend; het potentieel van de burger wordt benut, zonder dat de verantwoordelijkheid hiervoor wordt gevoeld.

Enig tegenwicht voor de conclusie dat de overheid zich afzijdig houdt van het domein van burgeronderzoek biedt, naast de besproken positieve verplichtingen van de Staat, de regeling van artikel 482a lid 4 Sv. De wetgever heeft ervoor gekozen om in het kader van de herziening ten nadele onrechtmatig onderzoek uit te sluiten van het bewijs.¹⁴⁶⁵ Hoewel juridisch een vreemde eend, houdt deze bepaling, ondanks haar beperkte reikwijdte, de vruchten van onrechtmatig burgeronderzoek buiten het strafproces.¹⁴⁶⁶ Dit artikel damt daarmee de ongewenste effecten van burgeronderzoek in.

Recapitulerend kan gesteld worden dat de betrokkenheid van burgers in de opsporing druk zet op de strafvorderlijke verantwoordelijkheden van de overheid. Binnen de kaders van het Wetboek van Strafvordering is gebleken dat de strafvorderlijke inkadering van de benutting van het potentieel van derden in de opsporing moeilijk is vorm te geven en dat bijstand verlenende burgers veelal sterk staan om eisen te stellen, omdat op hen pas een beroep wordt gedaan indien er een opsporingsvacuüm dreigt te ontstaan. Wetgever, justitie en rechters bieden in meer of mindere mate ruimte voor de belangen

¹⁴⁶² Hfd. 5 §2.4.2.

¹⁴⁶³ Hfd. 4 §6.1.

¹⁴⁶⁴ Hfd. 5 §2.4.4.

¹⁴⁶⁵ Hfd. 5 §2.3.2.

¹⁴⁶⁶ Hfd. 5 §3.

van deze burger, maar de verantwoordelijkheid voor deze derde wordt door alle partijen in veel mindere mate gevoeld. Deze onbalans tornt aan de exclusieve overheidstaak tot de opsporing en de kwaliteit van de opsporing. Buiten de kaders van het Wetboek van Strafvordering laten deze risico's voor de verantwoordelijkheden van de overheid zich nog sterker voelen. Het toepasselijke juridische kader is hier vooral debet aan, daar juridische prikkels ontbreken om burgeronderzoek in te kaderen. Vanwege de positieve verplichtingen van de Staat kan de overheid zich niet geheel afzijdig houden van dit domein, maar de strafvorderlijke consequenties die bij overheidsinmenging in beeld komen, zet een rem op een te grote bemoeienis met particuliere bewijsgaring. Kortom, de bijdrage van de burger aan de strafvordering wordt gefaciliteerd, maar de gevolgen hiervan voor de verantwoordelijkheden van de overheid blijken onvoldoende op het netvlies van betrokken actoren in de strafrechtspleging te staan.

3. De toekomstvisie van de wetgever op de burger en de opsporing

3.1 Wetsvoorstel 'publicatie camerabeelden verdachten diefstal of vernieling'

Het streven van de overheid om burgers meer bij te laten dragen aan de opsporing lijkt voorlopig nog niet ten einde. Zoals de minister van Veiligheid en Justitie het verwoordde: 'De hulp van de burgers bij opsporing is [...] essentieel. Het is de moderne manier waarop de politie wil werken.'¹⁴⁶⁷ Deze trend wordt ook met wetgeving ondersteund. Zo verruimt het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel 'publicatie camerabeelden verdachten diefstal of vernieling' de mogelijkheden voor burgers om bij te dragen aan de opsporing. Voorgesteld wordt om artikel 22 Wbp (dat ziet op de verwerking van strafrechtelijke gegevens) te herzien, zodat het voor eenieder mogelijk wordt om camerabeelden van diefstal en vernieling op (veelal) het internet te publiceren.¹⁴⁶⁸

Het betreffende wetsvoorstel sluit op veel punten aan bij de huidige betrokkenheid van particulieren in de opsporing. Zo wordt in de memorie van toelichting gewezen op het wijdverbreide gebruik van mobiele telefoons om beelden te maken en te publiceren en de bereidwilligheid van burgers om dergelijke beelden voor de opsporing in te zetten.¹⁴⁶⁹ Zodoende is het wetsvoorstel – net als de rol van de burger in de strafvordering – mede ingegeven door het benutten van technologische mogelijkheden en het inhaken

¹⁴⁶⁷ *Handelingen II* 2013/14, 29 628, 464, p. 25.

¹⁴⁶⁸ Wetsvoorstel publicatie door particulieren van camerabeelden van diefstal of vernieling. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelcamerabeelden.

¹⁴⁶⁹ MvT Wetsvoorstel publicatie camerabeelden, p. 1 en 5.

op de bereidheid van burgers om te participeren in het veiligheidsvraagstuk. Ook de (vermeende) lacunes in de rechtshandhaving die het wetsvoorstel tracht op te vullen, past binnen de bestaande kaders van het thema burgers en opsporing. Dit facet komt tot uitdrukking in de keuze om uitsluitend de publicatie van beelden van diefstal en vernieling toe te staan. Het publiceren van beelden van zwaardere delicten zou, zo valt in de memorie van toelichting te lezen, de opsporing kunnen doorkruisen.¹⁴⁷⁰ Voor diefstal en vernieling is daar veel minder sprake van, daar – zo kan deze keuze worden begrepen – dit minder snel tot opsporingshandelingen zal leiden.¹⁴⁷¹ Zo bezien doet de overheid weinig moeite om de door Borgers geduide ‘(gepercipieerde) zwakte van het overheidsoptreden’ in het kader van particulier onderzoekswerk te verbergen.¹⁴⁷² Tot slot staat ook in dit wetsvoorstel de benutting van het potentieel van de burger centraal, zonder dat de overheid verantwoordelijkheid draagt voor de manier waarop de burger uitvoering geeft aan deze mogelijkheid. De publicatie van beelden moet bijvoorbeeld voorafgegaan worden door een aangifte van het betreffende strafbare feit. Deze bijdrage van de burger aan de opsporing sluit civiele procedures tegen de persoon die de beelden publiceert echter niet uit.¹⁴⁷³ De verantwoordelijkheid van de publicatie ligt bij de burger zelf, terwijl de problemen rondom het vrijwillig verstrekken van camerabeelden aan de politie op basis van de Wbp hebben aangetoond dat dit risico niet verwaarloosbaar is.¹⁴⁷⁴ Deze verantwoordelijkheidsverdeling kenmerkt zich ook door risico’s die reeds zijn gesignaleerd bij de inzet van burgers in de opsporing. Zo lopen de belangen van particulieren niet altijd parallel met de belangen van de overheid in de opsporing. Het eigen belang van burgers om tot de publicatie van beelden over te gaan kan bijvoorbeeld een overreactie in de hand werken. Daarnaast kan worden afgevraagd of de belangen van de benadeelde burger voldoende worden afgewogen tegen andere te respecteren belangen. De belangen van de burger zijn bijvoorbeeld gelegen in ‘de wens van winkeliers en andere ondernemers om zelf een bijdrage te kunnen leveren aan de opsporing van onbekende plegers’.¹⁴⁷⁵ Het is de vraag of deze groep burgers een gewogen oordeel kan vellen over het al dan niet publiceren van dergelijke beelden, zeker nu de opsporingsberichtgeving van overheidswege laat zien dat veel controle noodzakelijk is.¹⁴⁷⁶ In dit kader kan gewezen worden op het kort

¹⁴⁷⁰ MvT Wetsvoorstel publicatie camerabeelden, p. 8.

¹⁴⁷¹ Vgl. MvT Wetsvoorstel publicatie camerabeelden, p. 8 en 9.

¹⁴⁷² Borgers 2012a, p. 407.

¹⁴⁷³ MvT Wetsvoorstel publicatie camerabeelden, p. 8.

¹⁴⁷⁴ Hfd. 3 §6.3. Vgl. over onrechtmatige publicaties over strafbare feiten Rb. Amsterdam 4 november 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL3549 en Rb. Dordrecht 18 februari 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL4339.

¹⁴⁷⁵ Reactie Detailhandel Nederland d.d. 4 juni 2015, p. 1. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelcamerabeelden/reacties. Vgl. *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 3054 over het voornemen van de Vereniging Eigen Huis om beelden van inbrekers op een website te publiceren.

¹⁴⁷⁶ Hfd. 4 §6.2.

geding dat tegen een winkelier was aangespannen.¹⁴⁷⁷ Deze ondernemer had een foto van een winkeldief opgehangen, met daarbij de tekst: ‘Deze vrouw heeft hier gestolen.’ Deze gedraging werd door de kortgedingrechter als strijdig met het portretrecht bestempeld, onder meer vanwege het ‘diffamerende en stigmatiserende effect’ hiervan.¹⁴⁷⁸ Het door de winkelier naar voren gebrachte belang van de bescherming van de eigendommen werd door de rechter terzijde geschoven, omdat het handelen van de winkelier een vorm van eigenrichting opleverde en strijdig was met de wet.¹⁴⁷⁹ Hoewel het wetsvoorstel beoogt meer ruimte te bieden voor dergelijke initiatieven, kan worden afgevraagd of burgers in staat zijn om alle in het geding zijnde belangen af te wegen. Zo speelde in het voormelde kort geding op de achtergrond mee dat de betreffende vrouw op leeftijd was en een beginnende vorm van Alzheimer had.¹⁴⁸⁰ Zodoende lijkt de afweging tot het publiceren van beelden op papier eenvoudig, maar in de praktijk vergt het wetsvoorstel een afweging van factoren die voor burgers niet altijd goed zijn te overzien.

De wetgever lijkt met het wetsvoorstel ook nieuwe wegen te bewandelen. In de memorie van toelichting wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat dit wetsvoorstel mogelijkheden biedt om online middelen aan te wenden.¹⁴⁸¹ Interessanter is de stap die de overheid zet in de richting van het reguleren van burgeronderzoek. Tot nu hield de overheid, behoudens enkele kleine uitzonderingen, zich afzijdig van dit domein. Daar lijkt met dit wetsvoorstel verandering in te komen. Het motief voor deze koerswijziging lijkt voornamelijk gelegen in pragmatisme. In de motie-Elissen/Van Toorenborg, welke motie ten grondslag lag aan het onderhavige wetsvoorstel, wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat het op internet verspreiden van beelden reeds lange tijd plaatsvindt.¹⁴⁸² In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt vervolgens opgemerkt dat ‘de omvang en snelheid waarmee door burgers gebruikgemaakt kan worden van de beelden [...] veel groter [is, EM] dan de overheid ooit zal kunnen bieden’.¹⁴⁸³ Deze constatering wordt door de aangifteplicht dienstig aan de opsporing gemaakt. Blijkbaar was het alternatief, waarin de strafrechtelijke en civielrechtelijke grenzen in dit kader meer gehandhaafd worden, minder lonkend.

De vraag is of deze waarnemingen representatief zijn voor de visie van de wetgever op de rol van de burger in de opsporing. De voorgenomen herziening van het Wetboek

¹⁴⁷⁷ Rb. Amsterdam 26 augustus 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AQ7877.

¹⁴⁷⁸ Art. 21 Aw.

¹⁴⁷⁹ Aldus ook CBP 30 mei 2006, z2005-0846.

¹⁴⁸⁰ Rb. Amsterdam 26 augustus 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AQ7877, r.o. 9. Bij het oordeel van de rechter over de eigenrichting speelde dit aspect begrijpelijkerwijs geen rol, omdat dit feitelijke aspect niet raakt aan de vraag of sprake is van een onrechtmatige gedraging.

¹⁴⁸¹ MvT Wetsvoorstel publicatie camerabeelden, p. 6.

¹⁴⁸² *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 VI, nr. 53. Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 750 VI, nr. 90.

¹⁴⁸³ MvT Wetsvoorstel publicatie camerabeelden, p. 5 en 6.

van Strafvordering biedt een uitgelezen kans om die vraag te beantwoorden. Hier wordt in de volgende alinea's bij stilgestaan.

3.2 De modernisering van het Wetboek van Strafvordering¹⁴⁸⁴

3.2.1 Inleiding

In 2012 verschenen kritische rapporten over het functioneren van de strafrechtsketen.¹⁴⁸⁵ Onder meer de doorstroming van strafzaken en de tenuitvoerlegging van sancties bleken onvoldoende gewaarborgd. Met het programma 'Versterking Prestaties Strafrechtketen' wordt getracht de gesignaleerde tekortkomingen te ondervangen. Onderdeel van dit programma is de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, die een impuls moet geven aan de werkbaarheid en flexibiliteit van het strafvorderlijke wetboek.¹⁴⁸⁶ Bij dit moderniseringsproject wordt gestreefd naar 'deregulering, vermindering van administratieve lasten, stroomlijning en vereenvoudiging van procedures, het waar mogelijk wegnemen van knelpunten die in de praktijk, jurisprudentie en literatuur worden gesignaleerd, het mogelijk maken van digitalisering en minder uitval in de keten'.¹⁴⁸⁷ Deze ambities leiden ertoe dat de stofkam door veel onderdelen van het Wetboek van Strafvordering gaat, zonder dat hierbij de grondslagen van dit wetboek fundamenteel worden herzien.¹⁴⁸⁸ Zo wordt gestreefd naar het beter aansluiten van het voorbereidend onderzoek op het eindonderzoek, maar blijft in dit kader de officier van justitie een centrale rol vervullen in het opsporingsonderzoek.¹⁴⁸⁹

Het voornemen van de wetgever om tot een 'toekomstbestendig' wetboek te komen, raakt aan thema's die in dit boek zijn besproken.¹⁴⁹⁰ Zo kan het streven naar een completer voorbereidend onderzoek de angel halen uit discussies over de reikwijdte van artikel 359a Sv, omdat opsporingshandelingen vaker moeten plaatsvinden in het onder dit artikel te scharen voorbereidend onderzoek.¹⁴⁹¹ In het navolgende komen drie andere relevante onderwerpen aan bod. Achtereenvolgens worden de herstructurering van de Wet BOB, de rol van vrijwillige medewerking aan de strafvordering en de

¹⁴⁸⁴ Delen van deze paragraaf zijn eerder gepubliceerd in Moerman 2015.

¹⁴⁸⁵ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 29 279, nr. 133 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33 173, nr. 2.

¹⁴⁸⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 279, nr. 147, p. 16 en 17; *Kamerstukken II* 2012/13, 29 279, nr. 156, *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 177 en *Kamerstukken II* 2013/14, 29 279, nr. 204.

¹⁴⁸⁷ Discussiestuk inleidende notitie, p. 2. Deze en andere discussiestukken zijn te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2014/06/06/herziening-van-het-wetboek-van-strafvordering.

¹⁴⁸⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 5.

¹⁴⁸⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 49 en 79. Keulen 2014, p. 215 wijst op de voorgenomen (verdere) versterking van de positie van de r-c in het voorbereidend onderzoek, die mogelijk afdoet aan het gezag van de officier van justitie over het opsporingsonderzoek.

¹⁴⁹⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 1.

¹⁴⁹¹ Hfd. 2 §4.2 en hfd. 5 §2.2.1.2. Zie ook Discussiestuk Algemene bepalingen en uitgangspunten van het voorbereidende onderzoek (Boek 2), p. 7-9.

sanctionering van vormverzuimen verkend. Aangezien op het moment van schrijven de precieze invulling van de modernisering nog niet is uitgekristalliseerd, worden deze onderwerpen slechts op hoofdlijnen besproken. Houvast hierbij biedt de in september 2015 verschenen contourennota, waarin de voorgenomen modernisering in grote lijnen is geschetst. Daarnaast wordt teruggevallen op eerder verschenen discussiestukken, waarvan de in de contourennota gemaakte keuzes een uitvloeisel zijn.

3.2.2 De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden¹⁴⁹²

Onderdeel van het moderniseringsproject is een herziening van de Wet BOB. Dat is begrijpelijk, aangezien de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden – die overigens omgedoopt worden tot ‘heimelijke bevoegdheden’ – niet uitblinkt in overzichtelijkheid. Getracht wordt de toegankelijkheid en overzichtelijkheid van deze bepalingen te verbeteren. Eveneens wordt beoogd de administratieve lasten terug te dringen, zodat de beperkte opsporingscapaciteit beter kan worden benut.¹⁴⁹³ Hieronder valt bijvoorbeeld het voornemen om bij de inzet van verscheidene heimelijke opsporingsmethoden te volstaan met een ‘generiek bevel’, zodat niet voor elke methode een afzonderlijk bevel noodzakelijk is.¹⁴⁹⁴ Voor de rol van de burger in de bijzondere opsporing staat vooral het verbeteren van de toegankelijkheid centraal. Voorgesteld wordt om de huidige zeven bepalingen die aan de bijstand door burgers zijn gewijd, terug te brengen tot één artikel.¹⁴⁹⁵ In dit artikel krijgen de stelselmatige inwinning van informatie, pseudokoop of -dienstverlening en infiltratie een plaats. Deze reductie van het aantal artikelen is goeddeels toe te schrijven aan de nieuwe structuur van het Wetboek van Strafvordering op het punt van de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Zo zijn de klassieke drie domeinen in vereenvoudigde vorm neergelegd in één artikel, waardoor de noodzaak tot het omschrijven van dezelfde bevoegdheid in de separate domeinen is komen te vervallen.¹⁴⁹⁶ Bovendien vangt de voorgestelde regeling aan met een afdeling met algemene bepalingen, waarin onder meer de bevelsbevoegdheid van de officier van justitie is neergelegd. Deze meer systematische aanpak heeft erin geresulteerd dat de regeling van bijstand van burgers aan de opsporing kan worden teruggebracht tot één bepaling, zonder veel concessies te doen aan de inhoud.

¹⁴⁹² Deze paragraaf is gebaseerd op het Discussiestuk Bijzondere opsporingsbevoegdheden (BOB). In januari 2015 is een nieuwe, niet-gepubliceerde versie opgesteld. In het notenapparaat zal naar beide versies worden verwezen en, waar van toepassing, op relevante verschillen worden gewezen.

¹⁴⁹³ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 64 en 65.

¹⁴⁹⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 66.

¹⁴⁹⁵ Art. 20 (oud) en 16 (nieuw) concept-regeling heimelijke bevoegdheden. In de versie van januari 2015 bestaat het betreffende artikel uit negen leden. Een nieuw lid (lid 8) is toegevoegd, waarin het Tallon-criterium is neergelegd.

¹⁴⁹⁶ Art. 11 (oud) en 17 (nieuw) concept-regeling heimelijke bevoegdheden. In de nieuwe concept-regeling is het eerste domein in de afzonderlijke bepalingen uitgeschreven en zijn in art. 17 de andere twee domeinen neergelegd.

Toch gaat deze vereenvoudiging onvermijdelijk gepaard met inhoudelijke wijzigingen van de huidige regeling. Zo is bij een verdenking van een terroristisch misdrijf niet langer een opsporingsambtenaar, op bevel daartoe van de officier van justitie, bevoegd tot het aangaan van een overeenkomst met een burger, maar sluit – overeenkomstig de andere domeinen – de officier van justitie de betreffende overeenkomst.¹⁴⁹⁷ Daarnaast is de bevoegdheid om vooraf schriftelijk, of bij dringende noodzaak mondeling, toestemming te geven aan een burger om strafbare handelingen te verrichten verruimd, in die zin dat deze mogelijkheid niet alleen wordt opengesteld bij burgerinfiltratie, maar ook bij burgerpseudokoop en -dienstverlening.¹⁴⁹⁸ Met deze aanpassing wordt de verwantschap die bestaat tussen deze varianten van burgerbijstand zichtbaarder.¹⁴⁹⁹ Tevens kunnen in het kader van pseudohandelingen binnen alle domeinen, ook ten aanzien van criminele organisaties, gegevens worden afgenomen van de verdachte, al verdwijnt in dit kader de verwijzing naar ‘geautomatiseerde werken’ en wordt in meer algemene zin gesproken over ‘gegevens’.¹⁵⁰⁰

De voorgenomen wijziging van de regeling van de bijstand van burgers aan de bijzondere opsporing heeft voornamelijk een cosmetisch karakter. Het aantal artikelen is teruggebracht, maar door de bank genomen blijft veel bij het oude. Duidelijk is dat de regeling van bijstand door burgers aan de opsporing eenvoudiger en overzichtelijker wordt. Dat is zeker winst te noemen, maar uit de voorgenomen wijzigingen spreekt weinig ambitie. Hoewel de beoogde toegankelijkheid van de regeling wordt verbeterd en het voorstel recht doet aan het voornemen van de wetgever om de uitgangspunten van de Wet BOB overeind te houden, vraagt in mijn ogen een ‘toekomstbestendig’ wetboek ook om antwoorden op bestaande knelpunten.¹⁵⁰¹ Een visie van de wetgever op de in de rechtspraak aanvaarde variant van pseudoverkoop ontbreekt bijvoorbeeld. Opvallender is dat de bestaande informantenregeling onverkort wordt overgenomen, terwijl gebleken is dat deze bepaling niet voldoet aan de wensen uit de praktijk. Een adequaat antwoord op de bestaande problematiek rondom de inzet van stelselmatige informanten ontbreekt zodoende. Wel wordt voorgesteld om de ‘stelselmatige inwinning van informatie’ wettelijk te definiëren. Onder dit begrip wordt verstaan ‘het actief en stelselmatig verwerven van informatie over een persoon door deel te nemen aan de maatschappelijke verbanden waarin die persoon verkeert’.¹⁵⁰² Met deze definitie wordt ‘nadrukkelijk geen verruiming’ beoogd van

¹⁴⁹⁷ Art. 20 lid 3 (oud) en 16 lid 3 (nieuw) concept-regeling heimelijke bevoegdheden.

¹⁴⁹⁸ Art. 20 lid 6 (oud) en 16 lid 9 (nieuw) concept-regeling heimelijke bevoegdheden.

¹⁴⁹⁹ Frielink 1990, p. 4.

¹⁵⁰⁰ Art. 20 lid 1 sub b jo. 15 lid 1 (oud) en 16 lid 1 sub b jo. 10 lid 1 (nieuw) concept-regeling heimelijke bevoegdheden.

¹⁵⁰¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 65.

¹⁵⁰² Art. 13 lid 1 (oud). Zie art. 8 lid 1 (nieuw) concept-regeling heimelijke bevoegdheden voor nagenoeg gelijke bewoordingen.

deze bevoegdheid, aldus de toelichting op dit artikel.¹⁵⁰³ Vastgehouden wordt aan de huidige invulling in de literatuur en de jurisprudentie. De bestaande praktijk om de inzet van stelselmatige tipgevers niet op een specifieke wettelijke bepaling te stoeien, lijkt dan ook ongemoeid te worden gelaten. Er is derhalve niet gekozen voor de term ‘planmatig’ die in de overzeese delen van ons Koninkrijk wordt gebruikt.¹⁵⁰⁴ Dit terwijl bij de herijking van de Wet BOB onmiskenbaar inspiratie is opgedaan bij de herziening van de BOB-wetgeving in het Caribisch gedeelte van ons Koninkrijk.¹⁵⁰⁵ Nu de werking van algemeen taakstellende bepalingen evenmin ter discussie worden gesteld, lijkt de wetgever de regeling uit artikel 126v Sv enkel achter de hand te houden voor de – beperkte – gevallen dat een artikel 126v-overeenkomst is aangewezen.¹⁵⁰⁶ Interessant in dit kader is de suggestie van Ölçer om twee algemene bevoegdheidsgrondslagen in de wet op te nemen. Naast een grondslag voor ‘lichte’ toepassingen, stelt zij voor om een ‘tussencategorie’ op te nemen, die minder hoge eisen stelt dan de specifiek wettelijke geregelde bevoegdheden.¹⁵⁰⁷ Deze tussencategorie zou als grondslag kunnen dienen voor de inzet van stelselmatige tipgevers en daarmee meer mogelijkheden voor rechters bieden om de inzet van informanten te toetsen. Wel merk ik op dat de jurisprudentie laat zien dat niet altijd een duidelijke scheidslijn is te trekken tussen de mate van inbreuk op de grondrechten van burgers. Tegen deze achtergrond is het de vraag of deze tussencategorie het stelsel niet te zeer compliceert. Voorstelbaar is dat discussies ontstaan over de grens tussen de nieuwe bevoegdheidsgrondslag en de specifieke of de algemeen taakstellende bepalingen. Deze constatering doet echter niet af aan de gewenste verduidelijking over de toekomst van de informantenregeling. Het ligt dan ook op de weg van de wetgever om zich in het vervolgtraject uit te spreken over de toekomst van deze burger in de bijzondere opsporing.

3.2.3 *Vrijwillige medewerking aan de opsporing*

Uit de contourennota en de onderliggende discussiestukken blijkt dat de medewerking van burgers een belangrijke schakel vormt in het herzieningsproces. Dat de vrijwillige medewerking door burgers aan de opsporing legitimerend kan werken voor

¹⁵⁰³ Discussiestuk Bijzondere opsporingsbevoegdheden (BOB), p. 28.

¹⁵⁰⁴ Zie nader hfd. 3 §3.3.

¹⁵⁰⁵ Gewezen kan worden op het feit dat de BOB-wetgeving in Curaçao, Sint Maarten en Aruba geen afzonderlijke rubricering van de bevoegdheden per domein kent en in Titel XVII van het derde boek van het Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba algemene bepalingen zijn opgenomen die zien op alle BOB-bevoegdheden. In de voorgenomen herziening van de Nederlandse Wet BOB zijn deze benaderingen ook waarneembaar.

¹⁵⁰⁶ Vgl. Discussiestuk Algemene bepalingen en uitgangspunten van het voorbereidende onderzoek, p. 10-13, waarin voorstellen zijn gedaan om te verhelderen uit taken ook bevoegdheden kunnen worden afgeleid, maar het door de Hoge Raad gehuldigde uitgangspunt dat bij een beperkte inbreuk op grondrechten taakstellende bepalingen volstaan, wordt niet ter discussie gesteld. Uit de contourennota blijkt evenmin dat veranderingen op stapel staan.

¹⁵⁰⁷ Ölçer 2015, p. 303.

onderzoeksactiviteiten van de overheid staat als zodanig niet ter discussie, maar wel wordt getracht om bestaande bezwaren tegen de vrijwillige medewerking te ondervangen. Zo zijn er terugkerende discussies in de rechtszaal over de reikwijdte van de verleende toestemming en bestaat soms onduidelijkheid of daadwerkelijk toestemming is verleend.¹⁵⁰⁸ In de discussiestukken worden drie benaderingswijzen genoemd om aan dergelijke bezwaren tegemoet te komen.¹⁵⁰⁹

Als eerste mogelijkheid wordt het vaker uitsluiten van vrijwillige medewerking genoemd. De meewerkverplichtingen komen in deze benadering dus meer centraal te staan. Ter onderbouwing van deze optie wordt verwezen naar de bestaande situaties waarin vrijwillige medewerking reeds is uitgesloten, zoals bij vrijheidsbenemende dwangmiddelen en bloedonderzoek. Een tweede optie is om het vereiste van *informed consent* in meer gevallen dwingend voor te schrijven. In voorkomende gevallen zal de betrokken persoon geïnformeerd moeten worden over de gevolgen van de medewerking, zoals reeds in het kader van DNA-onderzoek wordt voorgeschreven.¹⁵¹⁰ De derde genoemde optie heeft een controlerend karakter. De strekking van deze benadering is dat opsporingsambtenaren moeten handelen binnen de bandbreedte van de verleende toestemming.

In de contourennota lijkt de tweede optie gevolgd te worden. Zo wordt bij ingrijpende methoden de vraag opgeworpen of de gegeven toestemming met meer eisen moet worden omkleed.¹⁵¹¹ Onder dergelijke methoden schaaft de minister in ieder geval de doorzoeking van woningen. In dit boek is reeds betoogd dat hier aanleiding toe bestaat.¹⁵¹² De andere benaderingswijzen lijken niet te worden gevolgd door de minister. Dat valt te begrijpen in het licht van de tekortkomingen van deze opties. Ten aanzien van het wettelijk uitsluiten van vrijwillige medewerking kan worden opgemerkt dat de bestaande uitzonderingen specifiek afgebakende gevallen betreffen, waardoor deze uitzonderingsgevallen niet als algemene grondslag kunnen dienen voor een ruimer verbod.¹⁵¹³ Evenmin bestaat er aanleiding om voor te schrijven dat opsporingsambtenaren zich moeten vergewissen van de reikwijdte van de verleende toestemming. De – in de herziening centraal staande – werkbaarheid van het strafvorderlijke stelsel komt immers onder druk te staan, indien van opsporingsambtenaren wordt verlangd dat zij zich ervan moeten verzekeren of de toestemming zich uitstrekt over hun handelingen. Bovendien kan afgevraagd worden

¹⁵⁰⁸ Zie nader hfd. 3 §6.2.

¹⁵⁰⁹ Discussiestuk Algemene bepalingen en uitgangspunten van het voorbereidende onderzoek (Boek 2), p. 21-24.

¹⁵¹⁰ Hfd. 3 §6.2.

¹⁵¹¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 54 en 55. Zie ook Discussiestuk Onderzoek ter plaatse, inbeslagname en doorzoeking en onderzoek van gegevensdragers en in geautomatiseerde werken (Boek 2), p. 28 en 29.

¹⁵¹² Hfd. 3 §6.2.

¹⁵¹³ Hfd. 3 §6.2.

of een expliciete bepaling hieromtrent leidt tot minder discussie in de rechtszaal over de reikwijdte van de verleende toestemming. Het tegenovergestelde zou ook waar kunnen zijn: meer geconcretiseerde regels kunnen aanleiding geven tot meer vragen omtrent de naleving hiervan.

Uit de contourennota kan worden afgeleid dat ook buiten deze kaders wordt nagedacht over de invulling van de vrijwillige medewerking aan de strafvordering. Zo beraadt de minister van Veiligheid en Justitie zich op het thans geldende verbod voor opsporingsambtenaren om op verzoek gegevens te verkrijgen die onder de reikwijdte van de Wbp vallen.¹⁵¹⁴ Hoewel het gissen blijft naar de precieze denkrichting van de minister, geven de literatuur en de discussiestukken enig inzicht. Beoogd lijkt te worden om te onderzoeken of de mogelijkheden tot vrijwillige gegevensverstrekking kunnen worden verruimd, door ruimte te bieden voor het op verzoek verstrekken van gegevens.¹⁵¹⁵ Hiermee zou, aldus betoogd in het onderliggende discussiestuk, efficiënter omgegaan kunnen worden met informatievergaring, daar een vordering in dat geval niet nodig is.¹⁵¹⁶ Het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* lijkt als inspiratiebron te hebben gediend voor dit voorstel. In dit kader lieten Baaijens-van Geloven en Simmelink zich kritisch uit over de inperking van de vrijwillige medewerking bij het vorderen van gegevens, omdat dit het uitgangspunt dat de burger vrijwillig moet kunnen meewerken aan de opsporing doorkruist.¹⁵¹⁷ In hoofdstuk 3 is aangegeven dat die stelling voor discussie vatbaar is.¹⁵¹⁸ Zo brengt de overheidstaak tot opsporing mijns inziens mee dat de Staat bepaalt binnen welke kaders particulieren aan de opsporing mogen bijdragen. De geboden ‘oplossing’ die in het kader van de modernisering wordt aangedragen, kan getypeerd worden als een poging om de situatie vóór en de situatie ná de invoering van de wet vorderen gegevens met elkaar te verenigen. Zo blijft – indien de vrijwillige gegevensverstrekking wordt verruimd – het verplichtende karakter van de onderhavige regeling in stand, maar wordt de nu min of meer gesloten deur voor vrijwillige medewerking weer op een kier gezet. Een passend antwoord op bestaande bezwaren lijkt deze oplossing echter niet te bieden. Zo blijft de bekritiseerde regeling tot het vorderen van gegevens in stand, maar wordt de eveneens bekritiseerde mogelijkheid tot vrijwillige medewerking hierin vervlochten.¹⁵¹⁹ De nadelen van beide stelsels komen hierdoor (weer) op de voorgrond te staan. Zo leidt het gedeeltelijk verschuiven van de afweging tot het verstrekken van gegevens naar de burger tot

¹⁵¹⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 64.

¹⁵¹⁵ Discussiestuk *Bijzondere opsporingsbevoegdheden* (BOB), p. 37-39.

¹⁵¹⁶ Discussiestuk *Bijzondere opsporingsbevoegdheden* (BOB), p. 38.

¹⁵¹⁷ Baaijens-Van Geloven & Simmelink 2002, p. 481.

¹⁵¹⁸ Hfd. 3 §6.3.

¹⁵¹⁹ Zie voor kritiek over het vorderen van gegevens onder meer Baaijens-Van Geloven & Simmelink 2002, p. 481-483 en Mac Gillavry 2004, p. 205-242. Kritisch over de (vormgeving van) vrijwillige medewerking aan de opsporing zijn onder meer Reijntjes 2008 en Ter Brake 2009.

aansprakelijkheidskwesties, die juist getracht waren in te dammen met de wet vorderen gegevens. Daarnaast kan worden afgevraagd in hoeverre sprake is van vrijwillige verstrekking, indien het alternatief veelal het gedwongen overleggen van gegevens inhoudt.¹⁵²⁰ Bovendien is onduidelijk voor welk probleem een oplossing wordt geboden. De Hoge Raad staat ook thans toe dat burgers op eigen initiatief gegevens verstrekken aan opsporingsambtenaren en voorspelbaar is dat er weer discussies in de rechtszaal ontstaan over de verleende toestemming, terwijl het vorderen van gegevens dit hoofdstuk grotendeels heeft afgesloten.¹⁵²¹ Het is dan ook raadzaam om het oorspronkelijke karakter van de regeling van gegevensverstrekking te behouden.

3.2.4 De sanctionering van vormverzuimen

In het moderniseringsproject wordt aandacht besteed aan de koers van de Hoge Raad om terughoudend om te gaan met het verbinden van rechtsgevolgen aan onregelmatigheden in het voorbereidend onderzoek.¹⁵²² Gegeven de rol die artikel 359a Sv vervult binnen het kader van toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden, rijst in de onderliggende discussiestukken de vraag of toezicht en controle op het handelen van politie en justitie voldoende gewaarborgd zijn.¹⁵²³ Of er tekortkomingen zijn in dit toezichtkader, wordt door de minister nog geïnventariseerd.¹⁵²⁴ Uit de discussiestukken blijkt evenwel dat het versterken van toezicht en controle buiten de kaders van het strafproces de voorkeur geniet.¹⁵²⁵ Hierbij speelt mogelijk mee dat aan artikel 359a Sv een beperkte reikwijdte wordt toegekend. In het kader van het vorderen van gegevens wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat bij een (thans niet toegestaan) verzoek van een opsporingsambtenaar om op vrijwillige basis mee te werken aan het verstrekken van gegevens, de rechter veelal volstaat met het constateren van een vormverzuim.¹⁵²⁶ Het uitblijven van een strafvorderlijke reactie wordt als argument aangevoerd om het eerder besproken verstrekken van gegevens op verzoek wettelijk mogelijk te maken. De wetgever ziet een dergelijke wettelijke regeling als een 'legislatief zuiverder oplossing dan over de band van 359a', daarmee insinuerend dat het niet verbinden van enige sanctie gelijkgesteld kan worden aan een fiat van de rechter. Dat is een onwenselijke benadering, aangezien het feit dat de in artikel 359a Sv genoemde factoren niet nopen

¹⁵²⁰ Aldus ook Discussiestuk Algemene bepalingen en uitgangspunten van het voorbereidende onderzoek (Boek 2), p. 21.

¹⁵²¹ HR 27 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0215, NJ 2012/693.

¹⁵²² Zie nader hfd. 5.

¹⁵²³ Zie Discussiestuk Inleidende notitie, p. 12 en Discussiestuk Algemene bepalingen en uitgangspunten van het voorbereidende onderzoek (Boek 2), p. 7-9.

¹⁵²⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 103 en 104.

¹⁵²⁵ Discussiestuk Inleidende notitie, p. 12. Verwezen wordt naar de aangenomen moties *Kamerstukken II* 2012/13, 33 400 VI, nr. 104 en 105. Beide moties hebben de strekking dat klachtbehandeling en disciplinaire maatregelen transparant geregeld moeten zijn.

¹⁵²⁶ Discussiestuk Bijzondere opsporingsbevoegdheden (BOB), p. 38.

tot een strafvorderlijke reactie, niet wegneemt dat er sprake is van een vormverzuim. Ook het feit dat in het moderniseringsproject gesproken wordt over ‘de verdergaande relativering van vormverzuimen in de rechtspraak’ en niet over de relativering van de *strafprocessuele gevolgen* van vormverzuimen, wijst op een te beperkte interpretatie van artikel 359a Sv. Een grotere waardering voor de mogelijkheden om binnen de kaders van het strafproces toezicht en controle te waarborgen, kan ertoe leiden dat het sanctioneren van onrechtmatigheden weer onderdeel wordt van het moderniseringsproject. Zoals in dit boek naar voren is gekomen, bestaat hier een noodzaak toe.¹⁵²⁷

3.2.5 Conclusie

In de besproken voorfase van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering nemen burgers geen prominente plaats in. Er zijn aspecten die raken aan dit thema, zoals de wettelijke regeling van bijstand aan de opsporing, maar een duidelijke toekomstvisie ontbreekt. Wel geven de voorgenomen wijzigingen die zien op de rol van derden in de strafvordering blijk van het streven naar een efficiëntere inzet van burgers in de strafvordering. Enige kanttekeningen zijn evenwel op zijn plaats. Problematische thema’s worden bijvoorbeeld vermeden (zoals de inzet van burgerinformanten) en de voorgenomen wijzigingen kunnen stof tot discussie in de rechtszaal opleveren (zoals de verruiming van vrijwillige medewerking). In mijn ogen bestaat ruimte voor een meer integrale benadering van de burger in de opsporing. Ik sta hier in de volgende paragraaf bij stil.

4. Eigen toekomstvisie op de burger en de opsporing

4.1 Uitgangspunten

De rol van de burger in de opsporing kan niet worden gemist. Om de betekenisvolle bijdrage die burgers kunnen leveren aan de opsporing te blijven benutten, dient dan ook voorkomen te worden dat er belemmeringen bestaan die het nuttig effect van de bijdragen van derden ongedaan maken. Daartegenover staat dat beperkingen onvermijdelijk zijn, zodat voorkomen wordt dat afbreuk wordt gedaan aan de strafvorderlijke verantwoordelijkheden van de Staat, in het bijzonder wat betreft het bewaken van het primaat en de kwaliteit van de opsporing. Binnen deze kaders kan de betrokkenheid van particulieren in de opsporing vorm krijgen. Daarbij stel ik de volgende drie uitgangspunten voorop:

¹⁵²⁷ Hfd. 5 §2.4.3. Zie ook §4.4 van dit hfd.

1. Om het primaat van de opsporing te bewaken, dient de overheid terughoudend om te gaan met de inzet van particulieren in de opsporing. In het algemeen geldt dat de inzet van opsporingsambtenaren voorop staat. Indien hiermee niet hetzelfde resultaat kan worden bewerkstelligd, komt de betrokkenheid van derden in beeld.
2. De zorg voor de kwaliteit van burgerbijstand en burgeronderzoek ligt niet enkel in handen van burgers. De Staat heeft een eigen verantwoordelijkheid om de kwaliteit van particuliere bijdragen aan de opsporing te bewaken. Hierbij bestaat ruimte voor differentiatie. De verantwoordelijkheid van de Staat reikt minder ver bij burgeronderzoek, dan bij burgerbijstand.
3. Bij het betrekken van burgers in de opsporing staan de belangen van de overheid in de opsporing voorop. Voor een tegemoetkoming aan de eigen belangen van de burger is slechts beperkt plaats, bijvoorbeeld indien een tegemoetkoming noodzakelijk is om de veiligheid van de burger te garanderen.

In de volgende paragrafen worden deze uitgangspunten nader uitgewerkt. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de rol van de burger binnen en buiten het Wetboek van Strafvordering, zodat waar nodig nuanceringen kunnen worden aangebracht bij de verantwoordelijkheid van de overheid in de opsporing.

Met de in dit boek gepresenteerde aanbevelingen is een start gemaakt om binnen deze contouren tot een toekomstbestendige rol van de burger in de opsporing te komen. Zo is betoogd dat aanpassingen nodig zijn van de regeling van de burger in de bijzondere opsporing. Het verdient bijvoorbeeld aanbeveling om een regeling van burgerpseudoverkoop in de wet op te nemen.¹⁵²⁸ Een op deze pseudovariant toegesneden bepaling ontbreekt nu nog, terwijl de praktijk wel gebruikmaakt van deze opsporingsmethode. Om het doel van een wettelijke grondslag, te weten het bewerkstelligen van een effectieve controle en het voorzien van een concrete normering, te verwezenlijken, dienen de gecodificeerde vormen van burgerbijstand ook te worden toegepast. In dat licht zijn suggesties gedaan om de regeling van stelselmatige informanten ingevolge artikel 126v Sv nieuw leven in te blazen.¹⁵²⁹ Om de toetsing van informanteninformatie te verzekeren, is eveneens voorgesteld om een *non-disclosure* procedure te introduceren.¹⁵³⁰ In deze afzonderlijke procedure kan voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting duidelijkheid worden verschaft over de rechtmatigheid van de inzet van informanten in het voorbereidend onderzoek. Gebleken is dat de controle op dit type burgerbijstand nu nog onvoldoende is gewaarborgd. De naleving van wettelijke voorschriften speelt ook een rol bij de bestaande discrepanties tussen de privacygedragscode particuliere recherchebureaus en het geldende strafrechtelijke

¹⁵²⁸ Hfd. 3 §3.5.2.

¹⁵²⁹ Hfd. 3 §3.3.4.

¹⁵³⁰ Hfd. 3 §3.3.4.

kader. Geconstateerd is dat het wenselijk is om de normering van particuliere recherche beter aan te laten sluiten op het toepasselijke wettelijke kader.¹⁵³¹ Daarnaast zijn aanbevelingen gedaan om de verantwoordelijkheidsverdeling tussen burgers en overheid anders vorm te geven. Zo is in hoofdstuk 5 een toetsingskader gepresenteerd om bij de invulling van artikel 359a Sv meer recht te doen aan de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de strafvordering.¹⁵³² Maar ook ten aanzien van zelfstandig door burgers verkregen bewijs en bij de vormgeving van de geformaliseerde samenwerking met de particuliere recherche, is aanbevolen om de verantwoordelijkheid van de overheid eerder in beeld te laten komen.¹⁵³³

4.2 De rol van de burger in het Wetboek van Strafvordering

In de hiervoor opgesomde aanbevelingen neemt het Wetboek van Strafvordering een belangrijke plaats in. Dat is niet zonder reden. De overheid heeft met dit wetboek een instrument in handen om de bijdragen van burgers vorm te geven. Toch moet hier terughoudend mee worden omgegaan. Het Wetboek van Strafvordering is en blijft het kader waarbinnen de overheidstaak tot opsporing tot uitdrukking komt. Het handelen van opsporingsambtenaren staat dus centraal. Een nuancering van dit uitgangspunt zou het overheidsgezag kunnen aantasten, eigenrichting kunnen bevorderen en de regie over de opsporing doen verzwakken. Als grondhouding zou de wetgever dan ook zeer kritisch moeten staan tegenover het openstellen van meer onderzoeksbevoegdheden voor burgers. Er bestaat mijns inziens enkel ruimte voor een grotere plaats voor de burger in het wetboek, indien het strafvorderlijke systeem zich daar niet tegen verzet. In het wetboek is bijvoorbeeld geen plaats voor de normering van particuliere rechercheurs. De gezagsverhouding van de officier van justitie verhoudt zich niet goed met het zelfstandige karakter van deze beroepsgroep, de implicaties van de verantwoordelijkheid van de overheid voor het handelen van particuliere rechercheurs laten zich niet goed overzien en de exclusieve overheidstaak tot opsporing zou ondergraven worden. De figuur van burgerpseudoverkoop laat zich daarentegen – mits met de juiste waarborgen voorzien – wel inpassen in het strafvorderlijke systeem, meer in het bijzonder in de systematiek van de Wet BOB. Aan de randvoorwaarden van de Wet BOB, te weten het waarborgen van de grondrechten van burgers en het beschermen van de integriteit van de opsporing, kan immers worden voldaan.

Om te verzekeren dat terughoudend wordt omgegaan met de inzet van particulieren onder het gezag van de overheid, zou het in de wettelijk geregelde vormen van burgerbijstand gebezigde principe van subsidiariteit wettelijk verankerd

¹⁵³¹ Hfd. 4 §5.1.

¹⁵³² Hfd. 5 §2.3.3.

¹⁵³³ Resp. hfd. 5 §2.3 en hfd. 4 §6.1.

kunnen worden. Insteek daarbij zou moeten zijn dat de door de overheid geïnstigeerde bijdrage van de burger aan de opsporing slechts toegestaan is, indien de inzet van opsporingsambtenaren niet tot het gewenste opsporingsresultaat kan leiden. Met een dergelijke regeling wordt het bestaande wettelijke kader bevestigd. Maar deze bepaling reikt verder. Ook de inzet van burgers die op grond van algemeen taakstellende bepalingen bij de opsporing worden betrokken, zal de voormelde subsidiariteitstoets moeten doorstaan. Dit geldt bijvoorbeeld voor informanten die op basis van artikel 3 Polw 2012 worden gerund. Ook de inzet van deze burgers is niet zonder risico, bijvoorbeeld ten aanzien van de controle op de kwaliteit van deze bijdragen. Door de opsporing van overheidswege voorop te zetten, worden dergelijke risico's zoveel als mogelijk ingeperkt, zonder daarbij de mogelijkheid tot het benutten van het potentieel van deze derden te zeer te belemmeren. Een dergelijke bepaling zou een plaats kunnen krijgen in een nieuwe titel in het Wetboek van Strafvordering, die ziet op de burger in de opsporing. In het licht van de steeds zichtbaardere rol die de burger vervult in de opsporing, is het wenselijk dat in het Wetboek van Strafvordering duidelijkheid wordt verschaft over de rechtspositie van de burger die een bijdrage levert aan de opsporing. In de betreffende titel kan de specifieke rechtspositie van de burger in de strafvordering een plaats krijgen, bijvoorbeeld ten aanzien van de in acht te nemen geheimhouding of inzake de verstrekking van tipgeld. De invoering van een titel voor personen die een rol vervullen in het strafproces zou geen novum zijn in de recente geschiedenis. Gewezen kan worden op de in 2011 inwerking getreden Titel IIIa van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering, waarmee het slachtoffer een duidelijkere positie in het strafproces heeft verworven.¹⁵³⁴

4.3 De rol van de burger buiten het Wetboek van Strafvordering

De hiervoor gepresenteerde aanbevelingen moeten leiden tot een duidelijke plaats voor burgerbijstand in het strafvorderlijke systeem. Om tot een coherente inbedding van burgers in de opsporing te komen, zijn ook de onderzoeksactiviteiten die de burger zelf ontplooit van belang. Mede tegen de achtergrond van de positieve verplichtingen van de Staat, de toegenomen eigen verantwoordelijkheid van de burger in het veiligheidsdomein, de constatering dat het toezicht op en de normering van burgeronderzoek zeer beperkt is en het feit van het EHRM meermalen heeft gewezen op het risico dat onderzoekshandelingen worden afgewend op derden, kan niet zonder meer voorbij gegaan worden aan dit domein. Bovendien zet burgeronderzoek, hoewel het niet het label 'opsporing' kan dragen, druk op de verantwoordelijkheden in het kader van de opsporing. Deze activiteiten kunnen bijvoorbeeld tornen aan het primaat

¹⁵³⁴ Wet van 17 december 2009, *Stb.* 2010, 1. Voorheen was de betreffende titel enkel gewijd aan de benadeelde partij.

van de opsporing (zoals de opkomst van de particuliere recherche) en aan de kwaliteit van de opsporing (zoals het uitbesteden van onderzoeksactiviteiten aan burgers).

Het feit dat burgeronderzoek niet onder het gezag van de overheid plaatsvindt, maakt het moeilijk om juridisch grip te krijgen op deze activiteiten. Een op burgerbijstand geïnspireerd wettelijk kader ligt dan ook niet in de rede. De bijdragen van burgers zijn daarvoor te divers van aard. Ook zou het toespitsen van strafrechtelijke en civielrechtelijke bepalingen op burgeronderzoek zich niet altijd verhouden met de legitieme belangen die ten grondslag liggen aan de betreffende wetsbepalingen. Indien het voor de normering van burgeronderzoek bijvoorbeeld wenselijk zou zijn om het opnemen van gesprekken onder alle omstandigheden strafbaar te stellen, dan zou dit het uitgangspunt in het strafrecht dat normschendingen slechts selectief strafbaar zijn gesteld kunnen doorkruisen.¹⁵³⁵ Het belang van de normering van burgeronderzoek zou zodoende een te eenzijdig effect hebben op het strafrecht en het civiele recht. Bovendien zijn de resultaten weinig bemoedigend voor de gevallen waarin wel getracht is om tot een omvattend kader te komen. In het kader van de particuliere recherche wordt het toezicht bijvoorbeeld als gebrekkig ervaren en bovendien is de insteek van de privacygedragscode meer gericht op het benutten van kansen dan op het begrenzen van mogelijkheden. Om de noodzakelijke controle op het domein van burgeronderzoek tot stand te brengen, is dan ook een andere benadering noodzakelijk.

Burgeronderzoek dient op een rechtmatige wijze plaats te vinden. Op geconstateerde onrechtmatigheden kan door middel van een civielrechtelijk of strafrechtelijk traject worden gereageerd. Desondanks moet geconstateerd worden dat de deze mogelijkheden om uiteenlopende redenen veelal niet worden benut.¹⁵³⁶ Nu de overheid ook een eigen verantwoordelijkheid heeft voor het gebruik van dergelijk bewijs, kan de normering ook via het strafproces lopen.¹⁵³⁷ Een ingang hiervoor kan gevonden worden in de constatering dat strafprocessuele risico's van burgeronderzoek met name ontstaan op het moment dat de resultaten van burgeronderzoek worden gebruikt als bewijs (of als startinformatie). Tot die fase zijn door burgers begane onrechtmatigheden vanuit strafprocessueel opzicht irrelevant. Het gebruik van deze informatie in het strafproces kan in dit kader als een omslagpunt worden beschouwd. Als de overheid de vruchten van burgeronderzoek benut, komen bijvoorbeeld vragen op omtrent de bruikbaarheid van dit bewijs. Deze fase biedt aanknopingspunten voor de omgang met onrechtmatig door burgers vergaard bewijs. Het eindonderzoek, in het bijzonder de omgang van de zittingsrechter met het bewijs, is mijns inziens dan ook de aangewezen plaats om de normering van burgeronderzoek vorm te geven. In het huidige systeem bestaat hier echter weinig tot geen ruimte toe, waardoor een wijziging van het Wetboek van Strafvordering is aangewezen.

¹⁵³⁵ Kelk & De Jong 2013, p. 154.

¹⁵³⁶ Hfd. 4 §3 en 4.

¹⁵³⁷ Hfd. 5 §2.4.4.

4.4 Voorstel tot een op artikel 359a Sv geïnspireerd artikel

Om de uitgangspunten van de opsporing bij burgeronderzoek te bewaken, verdient het aanbeveling om de mogelijkheid om strafprocessuele gevolgen te verbinden aan door burgers begane onrechtmatigheden uit te breiden. De voorgestelde ruimere interpretatie van artikel 359a Sv is dienstig aan het indammen van de ongewenste effecten van burgerbijstand, maar daarmee zijn de toezicht en controle in het domein van burgeronderzoek nog niet gewaarborgd.¹⁵³⁸ In het navolgende wordt daarom een voorstel gedaan tot invoering van een op artikel 359a Sv geïnspireerd artikel, dat ziet op gedragingen waarbij geen sprake is van overheidsbemoeyenis. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de ratio, de grondslag en de invulling van een dergelijk artikel.

4.4.1 De ratio

In de huidige rechtspraak staan de sluizen wijd open voor het gebruik van rechtmatig én onrechtmatig verkregen bewijs van particulieren in strafzaken. Een prikkel voor politie en justitie om oog te hebben voor andere belangen dan het opsporingsbelang ontbreekt daardoor. Nu de burger een steeds grotere rol speelt in de opsporing, is deze *status quo* niet langer houdbaar. Burgers zijn onderzoeksactiviteiten gaan ontplooiën die niet altijd onderdoen voor de opsporingsmethoden van de politie.¹⁵³⁹ Bovendien blijkt het Openbaar Ministerie veelal bereid om gebruik te maken van onrechtmatig door burgers verkregen bewijs. Tegen deze achtergrond zie ik niet in waarom de rechter zo fundamenteel anders om zou moeten gaan met vormverzuimen door opsporingsambtenaren, dan met door burgers begane onrechtmatigheden. Het strafrecht en het civiele recht bieden – net als het strafprocesrecht – waarborgen tegen activiteiten die inbreuk maken op de grondrechten van burgers. Waarom zouden die waarborgen niet in de rechtszaal tot uitdrukking mogen komen? Alternatieven, zoals genoegdoening via de civiele rechter, blijken onvoldoende waarborgen te bieden.¹⁵⁴⁰ Daarentegen kan, zoals ook de gedachte is achter artikel 482a lid 4 Sv, de sanctionering van door burgers begane onrechtmatigheden particulieren aansporen om normconform onderzoek te verrichten. Bijkomend voordeel van een op onrechtmatig burgeronderzoek geënt artikel is dat dit tegenwicht kan bieden aan het risico dat onderzoekshandelingen ongestraft worden afgewenteld op particulieren. In die zin is het voorgestelde artikel dienstig aan de bewaking van de kwaliteit van de opsporing.

In de literatuur is desondanks betoogd dat de doelen van de sanctionering van vormverzuimen geen ruimte laten voor het verbinden van strafprocessuele

¹⁵³⁸ Hfd. 5 §2.4.3.

¹⁵³⁹ Hfd. 4.

¹⁵⁴⁰ Hfd. 4 §3 en 4.

consequenties aan zelfstandig door burgers begane onrechtmatigheden.¹⁵⁴¹ Toch is gebleken dat de genoemde argumenten ruimte bieden voor interpretatie. Bovendien kunnen uit de literatuur en de wetsgeschiedenis andere doelen worden gedestilleerd die in deze situatie wél ruimte laten voor een strafvorderlijke reactie.¹⁵⁴² Zo bezien staan deze rechtsdoelen niet in de weg aan het onderhavige voorstel.

4.4.2 De grondslag

Het strafvorderlijke systeem lijkt zich niet te verzetten tegen een artikel dat gericht is op het sanctioneren van door particulieren begane onrechtmatigheden. De Hoge Raad laat ruimte om sancties te verbinden aan onrechtmatigheden die niet onder de reikwijdte van artikel 359a Sv zijn te scharen. Een grondslag daarvoor bieden artikel 6 EVRM en de beginselen van behoorlijke procesorde. In de huidige stand van het recht blijken deze criteria slechts een beperkt toepassingsbereik te hebben. Dit vloeit voort uit de verantwoordelijkheidsverdeling tussen burger en overheid. Afgezien van enkele uitzonderingsgevallen, voelt de overheid zich niet verantwoordelijk voor het handelen van burgers dat buiten het gezichtsveld van de overheid plaatsvindt. Deze interpretatie van verantwoordelijkheden is in mijn ogen vatbaar voor een ruimere uitleg. In de literatuur is meermalen betoogd dat de beginselen van behoorlijke procesorde ruimte bieden om onrechtmatig door burgers verkregen bewijs te sanctioneren.¹⁵⁴³ Op het moment dat de overheid gebruikmaakt van deze informatie, brengt dit ook de verantwoordelijkheid met zich voor de herkomst hiervan. Zeker nu steeds actiever wordt ingezet op de eigen verantwoordelijkheid van de burger in het veiligheidsdomein, kan niet langer worden volgehouden dat onbestraft de besmette vruchten worden geplukt van burgeronderzoek. In de belangenafweging van het Openbaar Ministerie ten aanzien van het door burgers aangedragen bewijs, ligt dan ook een grondslag voor het hiervoor geschetste voorstel.

4.4.3 De invulling

Bij de vormgeving van het nieuwe artikel kan aansluiting gezocht worden bij het huidige artikel 359a Sv. Voor de strafvorderlijke inbedding van de sanctionering van door burgers begane onrechtmatigheden is een consistente systematiek namelijk onontbeerlijk. Met een op artikel 359a Sv geïnspireerd wettelijk kader, kan dit streven worden gewaarborgd. Voor de verdere invulling zijn vijf verschillende benaderingen mogelijk. Deze benaderingen variëren van een zeer open tot een zeer rigide houding ten overstaan van het door burgers aangedragen bewijs. Ten eerste is denkbaar om geen belemmeringen op te werpen ten aanzien van door particulieren vergaard bewijs.

¹⁵⁴¹ Hfd. 5 §2.2.2.

¹⁵⁴² Hfd. 5 §2.4.3.

¹⁵⁴³ Hfd. 5 §2.3.4.

Een tweede optie is om slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden over te gaan tot een strafvorderlijke reactie. De huidige omgang met onrechtmatig burgeronderzoek zou in dat geval gecontinueerd worden. Een derde mogelijkheid is om het midden te houden tussen het huidige toetsingskader en de hierna te bespreken strengere benadering. Bij de vierde optie staat het toetsingskader uit artikel 482a Sv centraal, zodat onrechtmatig door burgers vergaard bewijs standaard tot een strafvorderlijke reactie leidt. Een laatste (theoretische) mogelijkheid is om rechtmatig én onrechtmatig particulier bewijs in alle gevallen buiten het strafproces te houden.

De meest verstrekkende opties verdienen per definitie afwijzing. Het in alle gevallen uitsluiten van door particulier verkregen bewijs zou afdoen aan de nuttige functie die burgers vervullen in de strafvordering.¹⁵⁴⁴ Evenmin verdient het aanbeveling om het door derden verkregen bewijs ongeclausuleerd in het strafproces te gebruiken. Het doel van het onderhavige voorstel is onder meer gelegen in het voorkomen van normovertredingen in het kader van burgeronderzoek. De gewenste normering zou bij deze optie niet tot stand komen. Om diezelfde reden verdient ook de tweede benadering geen navolging, aangezien hiermee bestaande bezwaren onvoldoende worden ondervangen. Eveneens is het bezwaarlijk om aansluiting te zoeken bij de regeling van artikel 482a lid 4 Sv. Hoewel met dit artikel een eenvoudig kader is gecreëerd om tot bewijsuitsluiting te komen, zou een regeling waarbij particulier vergaard bewijs uitgesloten wordt indien een inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de gewezen verdachte en de betreffende gedraging een strafbaar feit oplevert, dan wel onrechtmatig is, de wettelijke systematiek van het sanctioneren van vormverzuimen doorkruisen. Het op artikel 8 EVRM geënte juridische onderscheid tussen onrechtmatige burgerbijstand en onrechtmatig burgeronderzoek zou daarmee vervagen. Daarnaast is het de vraag of met dit toetsingskader voldoende recht wordt gedaan aan de grenzen van de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie. Deze optie zou resulteren in een tweedeling tussen het door opsporingsambtenaren vergaarde bewijs, waarbij thans niet snel een sanctie als bedoeld in artikel 359a Sv in beeld komt, en het door particulieren vergaarde bewijs, waarvoor een streng kader gaat gelden. Nu de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie om gebruik te maken van door particulieren aangedragen informatie minder ver reikt dan diens verantwoordelijkheid voor de onder hen ressorterende opsporingsambtenaren, ontbreekt een solide juridische basis om een dergelijke tweedeling te kunnen verantwoorden. Tevens is de vraag of elke onrechtmatigheid, hoe futiel ook, gesanctioneerd dient te worden. Ruimte voor een gedifferentieerde aanpak waarbij per geval kan worden gekeken of, en zo ja welke, consequenties verbonden dienen te worden aan onrechtmatigheden,

¹⁵⁴⁴ Aldus ook *Aanhangsel Handelingen II* 2004/05, nr. 318 en *Kamerstukken I* 2012/13, 32 044, C, p. 21 en 22.

biedt het toetsingskader van artikel 482a lid 4 Sv niet. Gegeven deze bezwaren, is het aangewezen om aansluiting te zoeken bij de derde optie.

Bij de gezochte middenweg tussen een ruime en een rigide benadering bieden de volgende (rand)voorwaarden houvast. Om recht te doen aan de besproken verantwoordelijkheden van het Openbaar Ministerie, dient artikel 359a Sv sneller tot strafvorderlijke sancties te leiden dan het nieuwe artikel. Daarbij kan worden voortgeborduurd op het huidige uitgangspunt dat hoe verder de overheid op afstand staat van de onrechtmatigheid, hoe hoger de lat ligt voor de rechter om consequenties te verbinden aan de geconstateerde onrechtmatigheid. Desondanks moet het voorgestelde artikel niet te veel in de schaduw staan van artikel 359a Sv, omdat dit de bestaande problematiek rondom de gebrekkige sanctionering van onrechtmatigheden door derden in stand zou houden. Om dit te waarborgen wordt naargelang de zwaarte van de sanctie meer aansluiting gezocht bij de invulling van 359a Sv. Vervolgens doet een meer eigen invulling van de lichtste strafvorderlijke reactie, de strafvermindering, recht aan de verantwoordelijkheden van het Openbaar Ministerie. De sanctie van strafvermindering staat dan ook centraal, die moet dienen als compensatie voor schendingen die niet de eerlijkheid van het proces in zijn geheel raken. Indien bij de onrechtmatige particuliere onderzoekshandeling het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden, is deze strafvorderlijke sanctie aangewezen. Dit betreft de formule die de Hoge Raad bezigt in het kader van bewijsuitsluiting bij door opsporingsambtenaren begane onrechtmatigheden, maar wordt hier gepresenteerd als toetsingskader om tot strafvermindering te komen. De door Kuiper gesignaleerde rechtsontwikkeling waarin de in artikel 359a Sv genoemde sanctie van strafvermindering in beeld komt indien de belangen van de individuele verdachte onherstelbaar zijn geschonden, is in dit kader dus onvoldoende.¹⁵⁴⁵ Maar in voorkomende gevallen krijgt de rechter wel meer armslag om te reageren op onrechtmatigheden in het (particuliere) onderzoek dat aan het eindonderzoek voorafging.¹⁵⁴⁶ Met name moet gedacht worden aan ernstige schendingen van het recht op privacy van de verdachte, bijvoorbeeld door onrechtmatige observaties of fouilleringen.¹⁵⁴⁷ Bewijsuitsluiting komt in beeld, indien artikel 6 EVRM is geschonden. Hiervan is onder meer sprake indien een burger een ander heeft uitgelokt tot het begaan van strafbare feiten. Ten slotte zou de sanctie van niet-ontvankelijkheid opengesteld moeten worden voor de situatie dat door het gebruik van het door de onderzoekende burger verkregen bewijs ernstig inbreuk is gemaakt

¹⁵⁴⁵ Kuiper 2014, p. 572 en 573.

¹⁵⁴⁶ Vgl. Van Dorst 1996, p. 273.

¹⁵⁴⁷ Zie bijv. de in hfd. 3 §4.3 besproken (civielrechtelijke) casus van vergaande observaties door een particulier recherchebureau en HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7501.

op beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan. Onder deze laatste, op het toetsingskader van artikel 359a Sv geïnspireerde, categorie kan gedacht worden aan het gebruik van bewijs dat door foltering is verkregen.

4.4.4 Ter afsluiting: implicaties van de aanbevelingen

Ter afsluiting verdienen twee aspecten die gerelateerd zijn aan deze aanbevelingen nadere aandacht. Ten eerste kunnen de aanbevelingen ertoe leiden dat het moeilijker wordt om het potentieel van burgers voor de opsporing te benutten. Indien er bijvoorbeeld minder ruimte wordt gecreëerd om tegemoet te komen aan de belangen van de burger in de opsporing, kunnen burgers minder bereid zijn om een bijdrage aan de opsporing te leveren. Dat is een lastige boodschap in een tijd waarin juist het slagvaardiger maken van het opsporingsapparaat de boventoon voert. Bovendien kunnen vragen rijzen over de aanspraak van de overheid op de opsporing. Zo komt de verhouding tussen de normering van de bijdragen van derden aan de opsporingen de wil en (in bepaalde gevallen) het recht van de burger om op treden tegen rechtsinbreuken meer in het daglicht te staan. Hierover kan worden opgemerkt dat de belangen van particulieren meer op de voorgrond staan indien de bijdrage van derden noodzakelijk is in het kader van de rechtshandhaving. Gewezen kan worden op de mogelijkheid voor burgers om in een heterdaadsituatie iemand aan te houden. In dergelijke situaties is een meer zelfstandige positie van de burger in de opsporing noodzakelijk.¹⁵⁴⁸ Tegelijkertijd geldt dat de individuele belangen van derden zich niet altijd verhouden tot de meer collectieve belangen die in de opsporing centraal staan. Zo is in het kader van het burgerarrest ook gewezen op de risico's die aan de toepassing van dit dwangmiddel verbonden kunnen zijn. Om die reden is het wenselijk dat de overheid bij voorkeur een regierol vervult in de opsporing. Deze rol van de overheid hoeft aan de positie van de onderzoekende burger geen afbreuk te doen. Juist om het potentieel van de burgers te blijven benutten, vergt het voorkomen van juridische problemen een duidelijkere, maar met beperkingen gepaarde, inbedding van burgers in de opsporing. De burger die bijdraagt aan de opsporing is hier ook mee gebaat. De ruimte voor burgerbijstand en -onderzoek kan als een erkenning van de positie van de burger worden gezien, terwijl tegelijkertijd door scherpere grenzen oog wordt gehouden voor andere te respecteren belangen. Op deze manier kan de verantwoordelijkheidsverdeling tussen burger en overheid in de opsporing vorm krijgen.

Een andere kanttekening kan geplaatst worden bij het op artikel 359a Sv geïnspireerde artikel, dat ziet op de strafvorderlijke sanctionering van door burgers

¹⁵⁴⁸ Zie nader hfd. 3 §2.

begane onrechtmatigheden. De invulling van artikel 359a Sv door de Hoge Raad heeft van dit artikel een bijna ondoordringbaar bastion gemaakt. Gezien de beoogde samenhang tussen het nieuwe, op het handelen van burgers geënte, artikel en artikel 359a Sv, is de ruimte voor het verbinden van strafprocessuele gevolgen aan onrechtmatig door particulieren vergaard bewijs hierdoor zeer beperkt. Hiertegenover staat dat in het verleden golfbewegingen waarneembaar zijn in de reactie op vormverzuimen, waardoor het niet onaannemelijk is dat de Hoge Raad de teugels weer aantrekt. Daarnaast verwacht ik dat reeds de enkele mogelijkheid tot sanctionering tot meer bewustzijn leidt bij de wetgever, justitie en rechters over de aan burgeronderzoek verbonden risico's.

5. Beperkingen en nieuwe onderzoekslijnen

In dit boek heb ik ernaar gestreefd om zoveel mogelijk facetten van de rol van de burger in de opsporing te bespreken. Dit onderzoek kent evenwel zijn beperkingen. Een deel van deze beperkingen is inherent aan juridisch onderzoek. Zo ontbreekt een empirische benadering in dit boek, waardoor dit onderzoek grotendeels berust op niet empirisch onderbouwde veronderstellingen. De veronderstelde actievare rol die de burger in de opsporing vervult, is bijvoorbeeld niet getalsmatig onderbouwd. Desondanks geven de literatuur en de wetsgeschiedenis steun aan deze veronderstelling, zodat het gemis aan onderbouwing enigszins gecompenseerd wordt.¹⁵⁴⁹ Andere beperkingen zijn daarentegen het resultaat van eigen keuzes en afwegingen. Zo is in het inleidende hoofdstuk het thema 'burgers en opsporing' nader ingekaderd, zodat zoveel als mogelijk recht kan worden gedaan aan de veelzijdigheid van dit thema. Toch zijn hierdoor niet alle facetten van burgeronderzoek en -bijstand belicht. Zo zijn de zorgplichten van de Staat bijvoorbeeld niet uitgediept. Daarnaast zijn niet alle bijdragen van burgers aan de opsporing in kaart gebracht. De (gecompliceerde) rol van verschoningsgerechtigden in de strafvordering maakte bijvoorbeeld geen deel uit van dit onderzoek. Getracht is om de invloed van deze beperkingen op deze studie minimaal te houden. Waar van toepassing zijn nuanceringen gemaakt op conclusies en ben ik mij zo veel als mogelijk bewust geweest van de reikwijdte van deze studie.

Daar ik niet alle terreinen heb ontgonnen, of sommige onderwerpen ruimte laten voor nadere beschouwingen, doe ik graag enkele suggesties voor nader onderzoek. Zo blijft de positie van professioneel georganiseerde recherche vragen oproepen. In dit boek is bijvoorbeeld niet stilgestaan bij de bedrijfsrecherche, maar ook deze beroepsgroep kan een rol in de opsporing vervullen. Zo wordt de tabaksindustrie

¹⁵⁴⁹ Hfd. 2 §3.

gestimuleerd om bij te dragen aan de opsporing van illegale sigaretten, doordat zij een boete kunnen krijgen ter hoogte van de belasting die in dit kader is ontdoken.¹⁵⁵⁰ Bij de normering van de bedrijfsrecherche worden echter vraagtekens gezet, onder meer omdat de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus niet van toepassing is.¹⁵⁵¹ De geformaliseerde samenwerking tussen burgers en overheid vraagt ook om nader onderzoek. In dit boek zijn enkele voorbeelden besproken, maar een bredere inventarisatie geeft mogelijk meer inzicht in de risico's van dergelijke samenwerkingsverbanden. Tevens kan een blik over de landsgrenzen nieuwe inzichten geven over de rol van de burger in de opsporing. De literatuur hierover is schaars, maar zij biedt aanknopingspunten voor rechtsvergelijkend onderzoek met de Verenigde Staten,¹⁵⁵² Frankrijk¹⁵⁵³ en Duitsland.¹⁵⁵⁴

Enkele onderzoekslijnen liggen niet (alleen) op het terrein van de rechtswetenschap, maar zijn meer gericht op andere, meer op de empirie gestoelde, disciplines. Een belangrijk facet betreft de kwaliteit van de bijdragen van burgers aan de opsporing. Vooral kwesties rondom de betrouwbaarheid van bijdragen aan de opsporing blijven een prangend en actueel onderwerp. De dissertatie van Dubelaar geeft reeds inzicht in de vragen rondom de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen, maar ook bij andere thema's, zoals bij de inzet van informanten, speelt betrouwbaarheid een grote rol.¹⁵⁵⁵ Nieuw onderzoek is ook wenselijk naar de vraag hoe bij opsporing en particulier onderzoek normconform gedrag kan worden afgedwongen. In het kader van artikel 359a Sv wordt hier bijvoorbeeld verschillend over gedacht.¹⁵⁵⁶ Het naar aanleiding van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering aangekondigde onderzoek naar toezicht en controle op het handelen van politie en justitie is wat dat betreft een stap in de goede richting, mits daarbij ook de rol van de burger wordt betrokken. Daarnaast is een kosten-batenanalyse aangewezen voor alle initiatieven die in het kader van het onderhavige thema ontplooid worden. De betrokkenheid van burgers kost tijd en moeite van de zijde van politie en justitie, terwijl dit schaarse goederen zijn.¹⁵⁵⁷ Bovendien kunnen dergelijke initiatieven de opsporing ook hinderen, bijvoorbeeld

¹⁵⁵⁰ Zie bijv. art. 4.01 sub f onder (I) Anti-Contraband and Anti-Counterfeit Agreement tussen Philip Morris International en de Europese Unie. Zie nader K. Schwartz, 'Philip Morris jaagt op illegale sigaret', *Trouw* 28 november 2015, p. 20.

¹⁵⁵¹ Zie bijv. Eysink Smeets e.a. 2005; Klerks 2008 en Brinkhoff 2014, p. 36 en 37.

¹⁵⁵² Kuiper 2010, p. 138-141.

¹⁵⁵³ Buruma 2008b, p. 43-46.

¹⁵⁵⁴ Bleichrodt 2010, p. 15 en 16.

¹⁵⁵⁵ Dubelaar 2014.

¹⁵⁵⁶ Zie bijv. Kuiper 2014, p. 564, 565, 576 en 577 over het in zijn ogen beperkte preventieve effect van de sanctie van strafvermindering, terwijl Borgers 2012b, p. 271 en 272 hier wel meer preventieve waarde aan toedicht.

¹⁵⁵⁷ Zie bijv. Van der Land & Van Stokkom 2015, p. 4, 16 en 17, die erop wijzen dat voor de continuatie van particuliere initiatieven de inmenging van de overheid op een bepaald punt noodzakelijk is.

doordat particuliere zoekacties het onderzoek van overheidswege bemoeilijken.¹⁵⁵⁸ Een in 2014 uitgevoerde inventarisatie van burgerparticipatie in het domein van de veiligheid toonde desondanks aan dat er een grote verscheidenheid aan initiatieven is op het terrein van de opsporing, hoewel de nadruk van die studie niet op de opsporing als zodanig lag.¹⁵⁵⁹ Een dergelijk onderzoek geeft eveneens inzicht in de vraag hoe ver de overheid zou moeten gaan bij het betrekken van de burger in de opsporing. In deze studie is naar voren gekomen dat die vraag nog te weinig wordt gesteld.

6. Tot besluit

In dit boek is de plaats van de burger in de strafvordering vanuit verschillende perspectieven belicht. Gebleken is dat particulieren steeds zichtbaarder zijn geworden in de opsporing. De hiermee gepaard gaande vergroting van het opsporingspotentieel, heeft echter een keerzijde. De belangen van de burgers en de overheid lopen niet altijd parallel en het is moeilijk om grip te krijgen op het handelen van derden. Vanuit juridisch perspectief is de grootste uitdaging dat het strafvorderlijke stelsel niet is ingesteld op de rol die de burger gaandeweg is gaan vervullen in de opsporing. In plaats van dit als een belemmering te zien, wordt er juist dankbaar gebruikgemaakt van de juridische ruimte om burgers in de opsporing te betrekken. Om de op zichzelf positief te waarden bijdragen van burgers een gedegen en daarmee toekomstbestendige plaats in het strafvorderlijke stelsel te geven, zijn veranderingen nodig in de manier waarop de wetgever, rechters en justitie omgaan met derden in de opsporing. Wat betreft de bijdragen van burgers waarbij de overheid betrokken is geweest, in dit boek geduid als burgerbijstand, kan het volgende worden opgemerkt. De wetgever zal kritisch moeten kijken naar de ontwikkeling om de burger een steeds prominere plek in het strafvorderlijke wetboek te geven en de daarmee gepaarde juridische rugdekking die geboden wordt. In mijn ogen is meer terughoudendheid geboden. Gebleken is dat deze ontwikkelingen botsen met belangrijke pijlers van de strafvordering. Het overheidsmonopolie op de opsporing en de kwaliteit van de opsporing worden onvoldoende gewaarborgd in de huidige koers. De bewaking van deze uitgangspunten ligt niet alleen in handen van de wetgevende macht. Ook de rechtsprekende macht heeft daarbij een rol. Herbezinning is met name noodzakelijk voor de koers van de Hoge Raad inzake de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de burger en de overheid. Thans wordt te snel aangenomen dat relevante bemoeienis van de overheid bij de

¹⁵⁵⁸ Zie in dit kader de oproep aan burgers om naar aanleiding van een vermissingszaak weg te blijven uit het gebied dat onderzocht werd, zodat het onderzoek niet werd bemoeilijkt. Zie ANP 20 mei 2013, 'Chronologie vermiste broers Ruben en Julian.'

¹⁵⁵⁹ Van der Land, Van Stokkom & Boutellier 2014, m.n. p. 50-54.

onrechtmatige bewijsgaring door burgers ontbreekt. Dit creëert een voedingsbodem voor het onbestraft afschuiven van onderzoekshandelingen aan particulieren, terwijl dit een bedreiging vormt voor de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de strafvordering en deze lijn in de rechtspraak bovendien strijdig lijkt met de minimumnormen van het EVRM. Ten slotte is ook een taak weggelegd voor justitie. De huidige koers van het Openbaar Ministerie is gericht op het plukken van de vruchten van burgerbijstand, maar de daarmee gepaard gaande verantwoordelijkheid wordt veelal in mindere mate gevoeld. Het Openbaar Ministerie zal in de rechtszaal zich niet alleen moeten inspannen voor het waarborgen van de belangen van burgers die bijdragen aan de opsporing, maar ook verantwoordelijkheid moeten nemen voor onregelmatigheden die binnen deze kaders hebben plaatsgevonden.

Ook voor de omgang met burgeronderzoek, oftewel onderzoek waarmee de overheid geen bemoeienis heeft gehad, zijn veranderingen aangewezen. Momenteel houdt justitie zich, gesteund door de wet en de rechtspraak, afzijdig van dit domein. Dit uitgangspunt verdient heroverweging, daar gebleken is dat op dit terrein toezicht en controle slechts minimaal aanwezig is, terwijl de overheid in principe ongelimiteerd gebruik kan maken van de onderzoeksresultaten van burgeronderzoek. Dit wringt vanuit het perspectief van de beginselen van het strafvorderlijke systeem. Het wettelijk mogelijk maken om strafvorderlijke sancties te verbinden aan door burgers begane onrechtmatigheden, kan daarbij als een belangrijke waarborg dienen. Ook de andere aanbevelingen in dit boek, zoals het verder harmoniseren van de regelgeving van professioneel georganiseerde particulieren, zijn aan een betere vormgeving van burgeronderzoek dienstig.

Zolang de blik van de betrokken strafvorderlijke actoren niet te eenzijdig is gericht op de bijdrage die de burger aan de opsporing kan leveren en beseft wordt dat een dergelijke bijdrage zijn beperkingen kent, kan zonder meer recht worden gedaan aan de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de strafvordering. In dat geval kan het grote potentieel van burgers voor de opsporing blijvend worden benut. Zo gezien blijft de inburgering van derden in de opsporing een nastrevenswaardig doel.

SAMENVATTING

Inleiding

In dit onderzoek staat de juridische positie van de burger in de opsporing van strafbare feiten centraal. Als gevolg van handhavingstekorten, nieuwe technologische mogelijkheden en een toegenomen verantwoordelijkheidsgevoel voor de veiligheid is de burger een steeds meer zichtbare rol gaan spelen in de opsporing. Burgers blijken bereid om op eigen initiatief (in dit onderzoek als 'burgeronderzoek' geduid), of met actieve bemoeienis van de overheid (in dit onderzoek als 'burgerbijstand' geduid), een bijdrage aan de opsporing leveren. In het Wetboek van Strafvordering staat evenwel de overheidstaak tot opsporing centraal. Tegen deze achtergrond rijst de vraag hoe de bijdrage van de burger aan de opsporing zich verhoudt tot de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de opsporing.

Verantwoordelijkheden in de opsporing

Opsporing was oorspronkelijk een private aangelegenheid. In de middeleeuwen veranderde het denken over opsporing. Steden ontteden zich van de feodale banden, waardoor de zorg voor veiligheid opnieuw moest worden ingevuld. De opsporing van overheidswege bood, afgezet tegen particulier onderzoek, meer uniformiteit en minder willekeur. Daarnaast was de opsporing een machtsmiddel; het in handen hebben van de opsporing versterkte het overheidsgezag. Het primaat van de opsporing kwam hierdoor bij de overheid te liggen. In de jaren '80 van de vorige eeuw zette de overheid in op meer publiek-private samenwerking in de opsporing. De manifestatie van kleine criminaliteit leidde tot het besef dat niet alleen de overheid de handhaving van normen kon waarborgen. Dit besef resulteerde in een grotere betrokkenheid van burgers in de strafrechtspleging. Dit proces werd versterkt door de opkomst van moderne technologieën, waardoor de betrokkenheid van derden bij de opsporing gemakkelijker kon worden vormgegeven.

Juridische positie van de burger in de opsporing

Het Wetboek van Strafvordering biedt geen ruimte voor een zelfstandige rol van de burger in de opsporing. Uit artikel 141 en 142 Sv volgt dat particulieren niet met de opsporing zijn belast en de opsporingsdefinitie uit artikel 132a Sv plaatst veel particuliere handelingen buiten de term 'opsporing'. Het is om die reden begrijpelijk dat de rol van de burger in het Wetboek van Strafvordering beperkt is. Onderscheidenlijk zijn in dit wetboek aan burgers dwangmiddelen en bijzondere opsporingsbevoegdheden toegekend. Kenmerkend aan deze bepalingen is dat hiermee lacunes in de rechtshandhaving worden opgevuld. De toekenning van bevoegdheden aan burgers hangt hiermee samen. Hoe moeilijker de strafwet te handhaven is, hoe ruimer de bevoegdheidstoekenning. Zo is de aanhoudingsbevoegdheid voor burgers enkel toegestaan in een heterdaadsituatie. Het verst reiken de bijzondere bepalingen die zien op de rol van burgers buiten het rechtsgebied van een rechtbank. Aan de commandant, de schipper en de gezagvoerder van een luchtvaartuig zijn vergaande bevoegdheden toegekend, zoals de bevoegdheid tot onderzoek aan kleding.

De rol van de burger in het Wetboek van Strafvordering brengt risico's mee voor de verantwoordelijkheden van de overheid in de opsporing. Aan de belangen van de burger die bijstand verleent aan de opsporing wordt in toenemende mate tegemoet gekomen, bijvoorbeeld ten aanzien van kroongetuigen en informanten. De waarborgen die de kwaliteit en het primaat van de opsporing kunnen bewaken – zoals de naleving van wettelijke voorschriften – komen hierdoor onder druk te staan. Zo heeft de afscherming van informanten tot problemen geleid in verband met de verantwoordelijkheidsverdeling tussen het Openbaar Ministerie en de zittende magistratuur.

De normering van burgeronderzoek vindt plaats buiten de kaders van het Wetboek van Strafvordering. Vanwege de positieve verplichtingen van de Staat kan de overheid zich niet geheel afzijdig houden van dit domein, maar op de keper beschouwd is de overheidsbemoeienis met burgeronderzoek beperkt. In dit boek is met name de positie van onderzoeksjournalistiek en particuliere recherche belicht. In het Wetboek van Strafrecht zijn enkele bepalingen aan te wijzen die verwantschap vertonen met de opsporingsmethoden van de politie. Zo stellen de artikelen 139a-139g, 285b en 441b Sr bepaalde particuliere onderzoekshandelingen strafbaar. Toch is de reikwijdte van deze bepalingen beperkt, bijvoorbeeld omdat bijzondere strafuitsluitingsgronden de grenzen van deze artikelen verruimen. Voor particuliere recherchebureaus geldt bovendien dat vervolgingen veelal afstuiten op een beroep van de opdrachtgevers op hun status als geheimhouder. Daarnaast kan artikel 10 EVRM in de weg staan aan een strafrechtelijke veroordeling. Hoewel het belang van de opsporing op zichzelf niet hoger

wordt gewaardeerd dan het recht op de vrijheid van nieuwsgaring, dienen journalisten wel rekening te houden met andere belangen dan de nieuwsgaring zelf. De normering van burgeronderzoek is daarnaast gelegen in het civiele recht, meer in het bijzonder in een actie uit onrechtmatige daad. Artikel 6:162 BW kent zijn begrenzings – zo kunnen rechtvaardigingsgronden het oordeel over de onrechtmatigheid corrigeren –, maar de keuze voor één algemeen artikel dat ziet op onrechtmatige daden maakt dat dit artikel breed kan worden toegepast. Een omvattend kader voor burgeronderzoek biedt dit artikel niet, onder meer omdat rechtvaardigingsgronden het oordeel over de onrechtmatigheid kunnen corrigeren. De specifieke wet- en regelgeving die ziet op journalisten en particuliere rechercheurs biedt in dit kader meer houvast. Voor de zwaarste beroepsgroep geeft de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus invulling aan de bescherming van de belangen en rechten van burgers. Daarnaast geeft de privacygedragscode particuliere recherchebureaus inzicht in de legitimiteit van ingezette onderzoeksmethoden, hoewel de overlap met opsporingsbevoegdheden vragen oproept over de grens tussen particulier en strafvorderlijk onderzoek. Het werk van journalisten is daarentegen in mindere mate genormeerd, met name omdat de vrijheid van nieuwsgaring teveel overheidsbemoeienis voorkomt.

De rol van particulieren in de opsporing komt daarnaast tot uitdrukking in de geformaliseerde samenwerkingsverbanden met particuliere recherchebureaus en journalisten. Bij deze samenwerking staat het streven naar wederzijds nut centraal. Bij opsporingsberichtgeving staat de betrokkenheid van de Staat op de voorgrond, terwijl bij de samenwerking met particuliere recherchebureaus politie en justitie juridisch op afstand zijn gezet. Hierdoor kunnen eventuele onrechtmatigheden niet aan de Staat worden toegerekend, maar kan wel gebruikgemaakt worden van de informatie die deze samenwerking oplevert. Een gebalanceerde verdeling van verantwoordelijkheden lijkt hierdoor niet tot stand te komen.

De strafvorderlijke betekenis van door burgers verkregen bewijs

Op zichzelf staat geen rechtsregel eraan in de weg om door derden verkregen bewijs in een strafzaak in te brengen. Wel kunnen op de voet van artikel 359a Sv strafvorderlijke sancties worden verbonden aan de particuliere bewijsgaring. De reikwijdte van dit artikel is echter beperkt, omdat dit artikel enkel ziet op onrechtmatigheden die zijn begaan in het voorbereidend onderzoek. Burgeronderzoek is niet onder deze bepaling te scharen, omdat dergelijk onderzoek niet gestoeld is op artikel 132a Sv en daarmee niet onder het voorbereidend onderzoek valt. In dat geval bieden enkel de ondergrens van een recht op een eerlijk proces en de beginselen van een goede procesorde een uitweg. Meer ruimte voor een strafvorderlijke reactie biedt de bewijsuitsluitingsregel

uit artikel 482a lid 4 Sv, maar deze bepaling heeft enkel betekenis in het kader van de herziening ten nadele. Artikel 359a Sv is dan ook de voornaamste ingang om strafprocessuele consequenties te verbinden aan de gedragingen van particulieren.

Uit artikel 8 EVRM volgt dat de betrokkenheid van de overheid (artikel 8 EVRM spreekt over ‘inmenging’) bij inbreuken op grondrechten van burgers een schending van het recht op privacy kan opleveren. Indien aan het zogeheten inmengingscriterium is voldaan, staat het handelen van de overheid centraal en kan artikel 359a Sv alsnog in beeld komen. Deze benadering berust goeddeels op de gedachte dat de overheid enkel verantwoordelijk kan worden gehouden voor hetgeen onder haar verantwoordelijkheid heeft plaatsgevonden. Drie oriëntatiepunten geven invulling aan deze toetsing. Ten eerste speelt de vraag of de gedraging van een derde een inbreuk heeft gemaakt op de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 8 lid 1 EVRM. Een tweede oriëntatiepunt is de regierol van de overheid bij het handelen van een derde. Regie kan blijken uit de (directe of indirecte) betrokkenheid van de overheid bij het gedrag van een derde, of uit enigerlei andere wijze van betrokkenheid bij het aanvangspunt van het handelen van een derde (de Hoge Raad spreekt over ‘initiëren’), of uit het vergemakkelijken van of hulp verlenen aan (het ‘faciliteren’) de gedragingen van deze derde. De term ‘regie’ moet dan ook ruim worden geïnterpreteerd, maar de bijdrage van de publieke autoriteiten moet wel substantieel zijn (het EHRM spreekt over een ‘crucial contribution’). Als derde omstandigheid geldt dat de inzet van burgers er niet in mag resulteren dat strafvorderlijke waarborgen omzeild worden.

Uit dit toetsingskader blijkt dat het handelen van derden, met uitzondering van flagrante schendingen van het recht, niet centraal staat. Rechters hoeven hierdoor hun blikveld niet te verleggen naar de controle op het door derden uitgevoerde onderzoek. Bij deze stand van zaken kan de integriteit van de opsporing onder druk komen te staan. Zo kan dit een voedingsbodem creëren waarin onrechtmatigheden worden afgeschoven op particulieren, zonder dat enige sanctie in beeld komt. Niet zonder reden heeft het EHRM meermalen gewaarschuwd voor een dergelijk risico.

Ter afsluiting

De overheid streeft naar een grotere betrokkenheid van burgers in de opsporing. Zo geeft de modernisering van het Wetboek van Strafvordering – zij het in beperkte mate – blijk van de wens om tot een efficiëntere inzet van burgers in de opsporing te komen. In dit onderzoek zijn aanbevelingen gedaan om de burger een toekomstbestendige rol in de opsporing te geven. Om het primaat van de opsporing te bewaken, dient de overheid terughoudend om te gaan met de inzet van particulieren in de opsporing. Bij het betrekken van burgers in de opsporing staat de eigen verantwoordelijkheid van de

overheid centraal. In het algemeen geldt dat de inzet van opsporingsambtenaren voorop staat. Daarnaast heeft de overheid een eigen verantwoordelijkheid om de kwaliteit van burgerbijstand en burgeronderzoek te bewaken. Deze zorg voor de kwaliteit kan niet enkel in de handen van particulieren worden gelegd. Tot slot dient bij het betrekken van burgers in de opsporing de belangen van de overheid in de opsporing voorop te staan. Voor een tegemoetkoming aan de eigen belangen van de burger is slechts beperkt plaats, bijvoorbeeld indien een tegemoetkoming noodzakelijk is om de veiligheid van de burger te garanderen. Om het primaat en de kwaliteit van de opsporing in die situatie te bewaken, is een op artikel 359a Sv geïnspireerd artikel wenselijk dat gericht is op de sanctionering van door burgers begane onrechtmatigheden. Daarmee kan grip gekregen worden op het handelen van particulieren, zonder afbreuk te doen aan de verantwoordelijkheden van de Staat.

Zolang de blik van de betrokken strafvorderlijke actoren niet te eenzijdig is gericht op de bijdrage die de burger aan de opsporing kan leveren en beseft wordt dat een dergelijke bijdrage zijn beperkingen kent, kan recht worden gedaan aan de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de strafvordering. In dat geval kan het grote potentieel van burgers voor de opsporing blijvend worden benut. Zo bezien blijft de inburgering van derden in de opsporing een nastrevenswaardig doel.

SUMMARY

Introduction

This study focuses on the legal position of civilians in the investigation of criminal offences. As a result of enforcement deficits, new technological options and an increased sense of responsibility for safety, civilians started playing a much more visible role in investigation. It turns out that civilians are prepared to make a contribution to investigation at their own initiative (defined as 'civil inquiry' in this study) or with active involvement of the government (defined as 'civilian aid' in this study). However, it can be inferred from the Code of Criminal Procedure that criminal investigation is primarily a task of the government. This raises the question as to how civilians' contributions to investigation relate to the government's responsibilities in the context of this investigation.

Responsibilities for investigation

Investigation was originally a private affair. In the Middle Ages, ideas regarding investigation changed; cities discarded the feudal ties, requiring new arrangements for providing safety. Investigation by authorities was more uniform and less random compared to private investigation. Moreover, investigation was a means of power; holding the right to investigation increased government authority. Authority over investigation was thus placed with the government. In the 1980s, the government focused more on public-private collaboration regarding investigation. Manifestation of minor crimes led to the realisation that the government by itself would be unable to guarantee enforcement of standards. This realisation resulted in more involvement of civilians in the criminal justice system. This process was enhanced by the rise of modern technologies that allowed for more involvement of third parties in investigation more easily.

Legal position of civilians in investigation

The Code of Criminal Procedure does not offer any room for an independent role of civilians with respect to investigation. From articles 141 and 142 of the Code of Criminal Procedure it can be inferred that private individuals are not tasked with investigation and the investigation definition of article 132a of the Code of Criminal Procedure places many private individual actions outside of the term ‘investigation’. For this reason, it is understandable that the role of civilians is limited in the Code of Criminal Procedure. This Code grants civilians coercive measures and special investigative authorisations. What is striking about these provisions is that it fills in the gaps of law enforcement. Granting civilians authority coincides with this. The more difficult the criminal statutes are to enforce, the broader the conferral of authority. For instance, the power of arrest for civilians is only allowed in a ‘caught in the act’ situation. The special provisions with the most far-reaching effect are the ones that regulate the role of civilians outside of a court’s jurisdiction. The commander and captain of an aircraft is granted far-reaching authority, such as the authority to inspect clothing.

The role of the civilian in the Code of Criminal Procedure does carry risks for the responsibilities of the government in terms of investigation. The interests of the civilian aiding in the investigation are met to an increasing extent; for example, with respect to key witnesses and informants. The safeguards that can guarantee the quality and authority of the investigation, such as compliance with statutory regulations, are thus put under pressure. For instance, the protection of informants had led to problems regarding the division of responsibilities between the Public Prosecution Service and the judges and justices.

Standardising civil inquiry takes place outside of the context of the Code of Criminal Procedure. Due to the State’s positive obligations, the government cannot remain wholly uninvolved in this domain, but generally, governmental interference with civil inquiry remains limited. This book especially looks at the position of investigative journalism and private investigation. The Penal Code contains a number of provisions that are akin to police investigation methods. For instance, articles 139a-139g, 285b and 441b of the Penal Code penalise specific private investigative acts. Nevertheless, the extent of these provisions is limited; for example, because special grounds for excluding criminal responsibility increase the limits of these articles. Moreover, for private investigation firms prosecutions usually halt due to invoking the client’s privilege. Moreover, article 10 of ECHR could obstruct criminal conviction. Even though the importance of investigation in itself is not valued to be above the freedom of access to information, journalists must take into account interests other than the access to information itself. Furthermore, standardisation of civil inquiry is embedded in civil

law, in an action from an unlawful act, in particular. Article 6:162 of the Dutch Civil Code has its limitation, for instance justification defences can alter the judgement on unlawfulness, but the choice for one general article that regulates unlawful acts means that the article can be applied to a broad number of situations. This article does not offer a complete framework for civil inquiry, among other things, because justification defences can alter the judgement on unlawfulness. The specific legislation and regulations that cover journalists and private investigators provide a starting point in this context. For the latter professional group, the Private Security Organisations and Detective Agencies Act specifies the protection of the interests and rights of civilians. Moreover, the privacy code of conduct for private investigation firms provides insight into the legitimacy of the investigation methods used. However, the overlap with investigative authorisations raises questions about the line between private and criminal-law investigation. In contrast, the work of journalists is standardised to a lesser extent, in particular because the freedom of access to information prevents too much government interference.

The role of private individuals in investigation is also expressed in the formalised partnerships between private investigation firms and journalists. In this partnership, striving for mutual benefit is key. In appeals for information, the involvement of the State is the focus, whereas police and the justice department are placed at distance legally in the collaboration with private investigation firms. This means any unlawful acts cannot be attributed to the State, but the information resulting from this partnership can still be used. It appears that this does not result in a balanced distribution of responsibilities.

The criminal-law meaning of evidence obtained by civilians

In principle, there is no rule of law against entering evidence obtained by third parties in criminal proceedings. However, based on article 359a of the Code of Criminal Procedure, it is possible to place criminal-law sanctions on the private collection of evidence. Nevertheless, the scope of this article is limited, because it only governs unlawful acts committed during the preliminary inquiry. Civil inquiry is not covered by this provision, because such an inquiry is not based on article 132a of the Code of Criminal Procedure and is, as such, not considered to be preliminary inquiry. In this case, only the lower limit of a right to a fair trial and the principles of proper rules of procedure offer a solution. More room for a criminal-law reaction is offered by the exclusion of evidence rule of article 482a, par. 4 of the Code of Criminal Procedure; however, this provision only applies in the context of revision to the detriment of the accused. Article 359a of the Code of Criminal Procedure is the primary entrance to connecting criminal procedure consequences to the conduct of private individuals.

Article 8 of the ECHR states that the involvement of the government (article 8 ECHR talks about ‘interference’) in case of breaches of fundamental rights of civilians can result in a violation of the right of privacy. If such a so-called interference criterion is met, then the government’s action is the focus, and the applicability of article 359a of the Code of Criminal Proceedings could still apply. This approach is based largely on the idea that the government can only be held responsible for actions that took place under its responsibility. Three orientation points clarify this assessment. First of all, there is the question of whether the conduct of a third party breached the privacy as intended in article 8 paragraph 1 of the ECHR. The second point is the directorial role of the government in a third party’s actions. Direction can be clear from the (direct or indirect) involvement of the government in the conduct of a third party or from any other means of involvement in the start of the action of a third party (the Supreme Court mentions ‘initiating’), or facilitating or aiding (‘facilitation’) of the conduct of this third party. The term ‘direction’ needs to be interpreted broadly, but the contribution of the public authorities must be substantial (the ECHR calls it a ‘crucial contribution’). A third circumstance is that the use of civilians cannot result in a circumvention of criminal proceeding safeguards.

This assessment context shows that third-party actions with the exception of flagrant breaches of the law are not the focus. Judges are not required to shift their field of view to the inspection of the inquiry performed by third parties. In this state of affairs, the integrity of the investigation can be put under pressure. For instance, it could create a breeding ground in which unlawful acts are shifted onto private individuals without requiring any sanction. That is exactly why the ECHR has warned against such a risk multiple times.

In conclusion

The government strives for more involvement of civilians in investigations. For instance, the modernisation of the Code of Criminal Procedure, to a limited extent, shows a desire to achieve a more efficient use of civilians in investigations. This study makes recommendations for giving civilians a future-proof role in investigations. In order to safeguard the authority of investigations, the government must be cautious with using private individuals in investigations. The government’s own responsibility is the focus in the involvement of civilians in investigations. In general, the use of investigating officers is preferred. Moreover, the government has a responsibility to maintain the quality of civilian aid and civil inquiry. This quality control cannot simply be left in the hands of private individuals. Finally, the interests of the government with respect to the investigation must take precedence when involving civilians in investigations.

There is only a limited amount of room for meeting the civilians' own interests, for example, if reimbursement is required to guarantee the safety of the civilian. In order to safeguard the authority and quality of the investigation in that situation, an article based on article 359a of the Code of Criminal Proceedings should be present that focuses on sanctioning unlawful acts committed by civilians. This can help get a grip on the actions of private individuals without infringing on the responsibilities of the State.

As long as the view of the criminal-law actors involved is not focused on the contribution the civilian can provide to the investigation too unilaterally, and as long as people realise that such a contribution has its limitations, then the government's responsibilities in the context of the criminal proceedings are done justice. In this case, the large potential of civilians for investigation can be permanently used. In this light, integrating third parties in investigations is a worthy goal.

JURISPRUDENTIEREGISTER

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 23 juli 1968, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63 en 2126/64 (<i>Taal in educatie/België</i>)	205
EHRM 7 mei 1974, 1936/63 (<i>Neumeister/Oostenrijk</i>)	174
ECRM 6 oktober 1976, 7306/75 (<i>X/Verenigd Koninkrijk</i>)	151
EHRM 7 december 1976, 5493/72 (<i>Handyside/Verenigd Koninkrijk</i>)	195
EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146 m.nt. Alkema (<i>Sunday Times/Verenigd Koninkrijk</i>)	212, 263
EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (<i>Marckx/België</i>).	205
EHRM 23 juni 1981, 6878/75 en 7238/75, NJ 1982/602 (<i>Le Compte, Van Leuven & De Meyere/België</i>)	174
EHRM 26 maart 1985, 8978/80, NJ 1985/525 m.nt. Alkema (<i>X & Y/Nederland</i>)	205
EHRM 8 juli 1986, 9815/82, NJ 1987/901 m.nt. Alkema (<i>Lingens/Oostenrijk</i>)	196
EHRM 12 juli 1988, 10862/84, NJ 1988/851 m.nt. Alkema (<i>Schenk/Zwitserland</i>)	259
EHRM 20 november 1989, 11454/85, NJ 1990/245 m.nt. Alkema (<i>Kostovski/Nederland</i>)	120, 125, 126, 127
EHRM 26 november 1991, 13585/88 (<i>Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk</i>)	195
EHRM 23 april 1992, 11798/85, NJ 1994/102 m.nt. Dommering (<i>Castells/Spanje</i>)	195
EHRM 15 juni 1992, 12433/86, NJ 1993/711 m.nt. Alkema (<i>Lüdi/Zwitserland</i>)	142
EHRM 16 december 1992, 13710/88, NJ 1993/400 m.nt. Dommering (<i>Niemietz/Duitsland</i>)	204, 205
EHRM 23 november 1993, 14838/89 (<i>A./Frankrijk</i>)	263, 267
ECRM 30 november 1994, 18666/91 (<i>Menesses/Italië</i>)	151
EHRM 9 februari 1995, 16616/90 (<i>Vereniging Weekblad Bluf!/Nederland</i>)	196
ECRM 15 januari 1996, 25982/94, NJCM-bulletin 1996, 3, p. 459 m.nt. Myjer (<i>Flanders/Nederland</i>)	151
EHRM 26 maart 1996, 20524/92, NJ 1996/741 m.nt. Knigge (<i>Doorson/Nederland</i>)	120, 126, 127, 285
EHRM 27 maart 1996, 16/1994/463/544, NJ 1996/577 m.nt. Dommering (<i>Goodwin/Verenigd Koninkrijk</i>)	196, 226
EHRM 24 februari 1997, 19983/92 (<i>De Haes & Gijssels/België</i>)	213
EHRM 23 april 1997, 21363/93; 21364/93; 21427/93 en 22056/93, NJ 1997/635 m.nt. Knigge (<i>Van Mechelen/Nederland</i>)	127
EHRM 25 juni 1997, 173/1996, NJ 1998/506 m.nt. Boon (<i>Halford/Verenigd Koninkrijk</i>)	205, 207
EHRM 29 augustus 1997, 83/1996/702/894, NJ 1999/710 m.nt. Dommering (<i>Worm/Oostenrijk</i>)	196, 213
EHRM 14 januari 1998, 32200/96 en 32201/96 (<i>Herbecq & Association Ligue des droits de l'homme/België</i>)	207
EHRM 9 juni 1998, 44/1997, NJ 2001/471 m.nt. Knigge (<i>Teixeira de Castro/Portugal</i>)	144, 255
EHRM 21 januari 1999, 29183/95, NJ 1999/713 m.nt. Dommering (<i>Fressoz & Roire/Frankrijk</i>)	195, 196, 213

EHRM 20 mei 1999, 21980/93, NJ 2001/64 (<i>Bladet Tromsø & Stensaas/Noorwegen</i>)	213
EHRM 16 februari 2000, 27052/95 (<i>Jasper/Verenigd Koninkrijk</i>)	116, 118, 119
EHRM 16 februari 2000, 29777/96, EHRC 2000-II, 32 m.nt. Spronken (<i>Fitt/Verenigd Koninkrijk</i>)	116, 118, 119
EHRM 29 februari 2000, 39293/98 (<i>Fuentes Bobo/Spanje</i>)	206
EHRM 16 maart 2000, 23144/93 (<i>Ozgür Gunden/Turkije</i>)	206
EHRM 12 mei 2000, 35394/97, NJ 2002/180 m.nt. Schalken (<i>Khan/Verenigd Koninkrijk</i>)	259, 260, 264
EHRM 4 juli 2000, 43149/98, NJ 2001/401 m.nt. Knigge (<i>Kok/Nederland</i>)	122, 127
EHRM 25 september 2001, 44787/98, NJ 2003/670 m.nt. Dommering (<i>P.G. & J.H./Verenigd Koninkrijk</i>)	142, 207, 259, 261
EHRM 14 februari 2002, 26668/95, NJ 2002/378 m.nt. Schalken (<i>Visser/Nederland</i>)	122, 126, 127
EHRM 28 maart 2002, 47698/99 en 48115/99, EHRC 2002/39 m.nt. Spronken (<i>Birutis e.a./Litouwen</i>)	127
EHRM 28 januari 2003, 44647/98, EHRC 2003/24 (<i>Peck/Verenigd Koninkrijk</i>)	207, 283
EHRM 8 april 2003, 39339/98, EHRC 2003/45 m.nt. Mols (<i>M.M./Nederland</i>)	23, 263, 267, 271, 273, 277
EHRM 17 juli 2003, 63737/00, NJ 2006/40 m.nt. Dommering (<i>Perry/Verenigd Koninkrijk</i>)	207
EHRM 27 januari 2004, 44484/98, NJ 2004/668 (<i>Lorsé/Nederland</i>)	151
EHRM 27 januari 2004, 54445/00, NJ 2004/669 m.nt. Schalken (<i>Verhoek/Nederland</i>)	151
EHRM 6 april 2004, 67537/01 (<i>Shannon/Verenigd Koninkrijk</i>)	285
EHRM 24 juni 2004, 59320/00, NJ 2005/22 m.nt. Dommering (<i>Von Hannover/Duitsland</i>)	213
EHRM 17 december 2004, 49017/99, NJ 2005/369 m.nt. Dommering (<i>Pedersen & Baadsgaard/Denemarken</i>)	212
EHRM 24 november 2005, 53886/00, NJ 2006/250 m.nt. Peters (<i>Tourancheau/Frankrijk</i>)	196
EHRM 28 februari 2006, 51277/99 (<i>Krasniki/Tsjechië</i>)	127
EHRM 1 maart 2006, 56581/00, NJ 2006/661 m.nt. Schalken (<i>Sejdovic/Italië</i>)	176
EHRM 11 juli 2006, 54810/00, NJ 2007/226 m.nt. Schalken (<i>Jalloh/Duitsland</i>)	259, 260
EHRM 19 september 2006, 42435/02 (<i>White/Zweden</i>)	212, 213
EHRM 3 april 2007, 62617/00, NJ 2007/617 m.nt. Dommering (<i>Copland/Verenigd Koninkrijk</i>)	205
EHRM 25 april 2007, 77551/01, NJ 2007/126 m.nt. Dommering (<i>Dammann/Zwitserland</i>)	195, 196
EHRM 17 juli 2007, 48666/99 (<i>Kučera/Slowakije</i>)	176
EHRM 25 oktober 2007, 38258/03, NJ 2008/584 m.nt. Dommering (<i>Van Vondel/Nederland</i>)	263, 268, 273, 275, 277
EHRM 22 november 2007, 64752/01, EHRC 2008/20 m.nt. Nieuwenhuis (<i>Voskuil/Nederland</i>)	196, 226
EHRM 10 december 2007, 69698/01 (<i>Stoll/Zwitserland</i>)	195
EHRM 5 februari 2008, 74420/01, NJ 2008/499 m.nt. Schalken (<i>Ramanauskas/Litouwen</i>)	269, 270, 277
EHRM 30 juni 2008, 22978/05, NJ 2010/628 m.nt. Buruma (<i>Gäfgen/Duitsland</i>)	260
EHRM 14 oktober 2008, 78060/01, EHRC 2008/141 (<i>Petrina/Roemenië</i>)	212
EHRM 27 november 2008, 36391/02, NJ 2009/214 (<i>Salduz/Turkije</i>)	171, 175

EHRM 21 maart 2009, 38224/03, NJ 2009/450 m.nt. Dommering (<i>Sanoma Uitgevers/Nederland</i>)	196, 226
EHRM 12 januari 2010, 4158/05, NJ 2010/325 m.nt. Dommering (<i>Gillan & Quinton/Verenigd Koninkrijk</i>)	263
EHRM 30 maart 2010, 20928/05, EHRC 2010/70 m.nt. Van Noorloos (<i>Petrenco/Moldavië</i>)	212
EHRM 2 september 2010, 35623/05, EHRC 2010/11 (<i>Uzun/Duitsland</i>)	207, 208, 210, 211, 224, 283
EHRM 21 september 2010, 34147/06, EHRC 2010/125 (<i>Polanco Torres & Movilla Polanco/Spanje</i>)	212
EHRM 5 oktober 2010, 420/07, NJ 2011/566 m.nt. Dommering (<i>Köpke/Duitsland</i>)	206
EHRM 14 oktober 2010, 55164/08 (<i>A./Kroatië</i>)	208
EHRM 4 november 2010, 18757/06 (<i>Bannikova/Rusland</i>)	144
EHRM 24 mei 2011, 22918/08, NJ 2012/39 m.nt. Dommering (<i>Mikkelsen & Christensen/Denemarken</i>)	195
EHRM 14 september 2011, 38224/03, NJ 2011/230 m.nt. Dommering & Schalken (<i>Sanoma Uitgevers/Nederland</i>)	195, 196
EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, NJ 2012/283 m.nt. Schalken en Alkema (<i>Al-Khawaja & Tahery/Verenigd Koninkrijk</i>)	128, 129
EHRM 7 februari 2012, 39954/08, NJ 2013/251 m.nt. Dommering (<i>Axel Springer/Duitsland</i>)	213
EHRM 7 februari 2012, 40660/08, NJ 2013/250 m.nt. Dommering (<i>Caroline von Hannover/Duitsland II</i>)	213
EHRM 10 april 2012, 46099/06 en 46699/6, NJ 2012/648 m.nt. Schalken (<i>Ellis, Simms & Martin/Verenigd Koninkrijk</i>)	127, 128
EHRM 31 juli 2012, 45835/05, EHRC 2012/216 m.nt. Woltjer (<i>Shapovalov/Oekraïne</i>)	195
EHRM 22 november 2012, 12/02173, NJ 2013/252 m.nt. Dommering (<i>Telegraaf Media Nederland Landelijke Media e.a./Nederland</i>)	196
EHRM 6 december 2012, 25088/07 (<i>Pesukic/Zwitserland</i>)	127
EHRM 19 februari 2013, 61800/08, EHRC 2013/105 m.nt. Dubelaar (<i>Gani/Spanje</i>)	129
EHRM 19 september 2013, 8772/10 (<i>Caroline von Hannover/Duitsland III</i>)	213
EHRM 29 april 2014, 23605/09 (<i>Salumäki/Finland</i>)	196
EHRM 18 december 2014, 14212/10 (<i>Scholer/Duitsland</i>)	128
EHRM 24 februari 2015, 21830/09, 21830/09 (<i>Haldimann e.a./Zwitserland</i>)	219
EHRM 13 oktober 2015, 37428/06 (<i>Bremner/Turkije</i>)	219
EHRM 10 november 2015, 40454/07 (<i>Couderc & Hachette Filipacchi Associés/Frankrijk</i>)	213
EHRM 15 december 2015, 9154/10 (<i>Schatschaschwili/Duitsland</i>)	128
EHRM 29 maart 2016, 56925/08, EHRC 2016/147 m.nt. De Lange (<i>Bédet/Zwitserland</i>)	196
EHRM 17 mei 2016, 33677/10 en 52340/10, EHRC 2016/171 m.nt. Hendriks (<i>Fürst-Pfeifer/Oostenrijk</i>)	213

Hoge Raad der Nederlanden

HR 20 december 1926, <i>NJ</i> 1926, p. 8	49
HR 17 juni 1929, <i>NJ</i> 1929, p. 1497	66
HR 20 februari 1933, <i>NJ</i> 1933/918	217
HR 2 december 1935, <i>NJ</i> 1936/250 m.nt. Pompe	90
HR 17 mei 1949, <i>NJ</i> 1949/553	87
HR 26 juni 1962, <i>NJ</i> 1962/470 m.nt. Pompe	247, 248
HR 26 juni 1962, <i>NJ</i> 1963/31 m.nt. Röling	66
HR 30 oktober 1962, <i>NJ</i> 1963/29 m.nt. Röling	165
HR 7 december 1971, <i>AAe</i> 1973, 5 m.nt. Peters	279
HR 22 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC679, <i>NJ</i> 1980/275	217
HR 17 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7176, <i>NJ</i> 1981/382 m.nt. Van Veen	123
HR 1 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB7774, <i>NJ</i> 1984/586 m.nt. Mulder	103
HR 24 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AD5669, <i>NJ</i> 1984/538 m.nt. Van Veen	167
HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4743, <i>NJ</i> 1984/803 m.nt. Brunner	215
HR 26 juni 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8474, <i>NJ</i> 1985/138	284
HR 30 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8585, <i>NJ</i> 1985/275	54
HR 16 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8995, <i>NJ</i> 1986/232	176
HR (concl. A-G Meijers) 14 oktober 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC3770, <i>NJ</i> 1987/564	55
HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3770, <i>NJ</i> 1987/564	55, 56, 103
HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3774, <i>NJ</i> 1988/511 m.nt. Van Veen	55, 103
HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, <i>NJ</i> 1987/928 m.nt. Van der Alkema	206, 218
HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9912, <i>NJ</i> 1988/324	89
HR 17 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0042, <i>NJ</i> 1988/809	94
HR (concl. A-G Meijers) 5 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8345, <i>NJ</i> 1990/719 m.nt. Schalken	51
HR 5 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8345, <i>NJ</i> 1990/719 m.nt. Schalken	50, 51
HR 19 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8556, <i>NJ</i> 1991/119 m.nt. Scheltema en Van Veen	138
HR (concl. A-G Fokkens) 16 oktober 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD1246, <i>NJ</i> 1991/175	284, 289
HR 16 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1246, <i>NJ</i> 1991/175	287
HR 14 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9093, <i>NJ</i> 1993/83	130
HR 3 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:AB8562, <i>NJ</i> 1993/291	87
HR 9 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9268, <i>NJ</i> 1993/633 m.nt. Van Veen	54
HR 25 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1887, <i>NJ</i> 1994/143 m.nt. Schalken	50
HR 22 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1901, <i>NJ</i> 1994/498 m.nt. Corstens	50
HR (concl. A-G Van Dorst) 15 februari 1994, ECLI:NL:PHR:1994:ZC9640, <i>NJ</i> 1994/322 m.nt. Swart	154, 217
HR 15 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9640, <i>NJ</i> 1994/322 m.nt. Swart	150
HR 6 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1602, <i>NJ</i> 1995/422 m.nt. Dommering	214

HR 11 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC9998, <i>NJ</i> 1995/537 m.nt. Corstens	79, 243, 267, 288
HR 23 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZDoo53, <i>NJ</i> 1995/683 m.nt. Schalken	150
HR 27 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZDo18o, <i>NJ</i> 1995/711	195, 197
HR 5 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZDo3o7, <i>NJ</i> 1996/422 m.nt. Knigge	116, 123, 125
HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZDo328, <i>NJ</i> 1996/249 m.nt. Schalken	56, 108, 124, 251
HR 19 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD251o, <i>NJ</i> 1997/85 m.nt. Knigge	207
HR 19 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZDo416, <i>NJ</i> 1997/59 m.nt. Knigge	150
HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:AB982o, <i>NJ</i> 1996/687 m.nt. Schalken	116
HR 10 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2o72, <i>NJ</i> 1996/578 m.nt. Dommering	226
HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZDo642, <i>NJ</i> 1997/500 m.nt. 't Hart	23, 265, 266, 267
HR 10 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZDo748, <i>NJ</i> 1997/723	243
HR 13 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2392, <i>NJ</i> 1998/361 m.nt. Dommering	215
HR 14 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1o15, <i>NJ</i> 1998/662	96
HR 30 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1191, <i>NJ</i> 1998/799 m.nt. Schalken	151, 157
HR 8 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1239, <i>NJ</i> 1998/879 m.nt. Schalken	124
HR 8 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1272, <i>NJ</i> 1999/63	175
HR 22 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1277, <i>NJ</i> 1999/104 m.nt. De Hullu	279
HR 13 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1386	56
HR 16 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1341, <i>NJ</i> 1999/686 m.nt. Reijntjes	110
HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1472, <i>NJ</i> 1999/566 m.nt. Schalken	161
HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1473, <i>NJ</i> 1999/565 m.nt. Schalken	154, 250
HR 11 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD146o, <i>NJ</i> 1999/526	128
HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1143, <i>NJ</i> 1999/567 m.nt. Schalken	122
HR 1 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD16o5, <i>AAe</i> 2000, p. 117 m.nt. Buruma	188, 252, 265, 270, 285, 288, 290
HR 9 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3817, <i>NJ</i> 2000/461 m.nt. 't Hart	189
HR 9 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1651, <i>NJ</i> 2000/422 m.nt. Schalken	265, 266
HR 16 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1451, <i>NJ</i> 2000/214 m.nt. Reijntjes	275
HR 1 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1694, <i>NJ</i> 2000/264	174
HR (concl. A-G Machielse) 21 maart 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA5254	112
HR 21 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5254	110
HR 26 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7233	144
HR 5 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA883o, <i>NJ</i> 2001/2o6	124
HR 23 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2194, <i>NJ</i> 2001/218 m.nt. Buruma	136, 255
HR 11 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2712, <i>NJ</i> 2002/218 m.nt. Buruma	275
HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9222	125
HR 2 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8948, <i>NJ</i> 2002/357	158
HR 4 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1195, <i>NJ</i> 2002/416	129

HR 25 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8843, <i>NJ</i> 2002/518 m.nt. Schalken	122
HR 25 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9204, <i>NJ</i> 2002/625 m.nt. Schalken	250
HR (concl. A-G Machielse) 14 januari 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AE9038, <i>NJ</i> 2003/288 m.nt. Buruma	289
HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9038, <i>NJ</i> 2003/288 m.nt. Buruma	243, 265, 288
HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4321, <i>NJ</i> 2003/527	265, 269, 285
HR 8 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5456, <i>NJ</i> 2003/711 m.nt. Knigge	268
HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJO517	129
HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, <i>NJ</i> 2004/376 m.nt. Buruma	51, 250, 251, 252
HR 20 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL8449, <i>NJ</i> 2004/525	207
HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5710, <i>NJ</i> 2004/426 m.nt. de Jong	192
HR 23 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8478, <i>NJ</i> 2005/193 m.nt. Buruma	24, 271
HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8925, <i>NJ</i> 2005/383 m.nt. Buruma	129
HR 5 september 2005, ECLI:NL:HR:2006:AV4122, <i>NJ</i> 2007/336 m.nt. Schalken	63
HR 6 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3993, <i>NJ</i> 2006/447 m.nt. Reijntjes	175
HR 13 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5936	98
HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8858, <i>NJ</i> 2007/453	267, 275
HR 8 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3292, <i>NJ</i> 2006/136	90, 265
HR 14 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9109, <i>NJ</i> 2006/209	129
HR 13 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4179, <i>NJ</i> 2006/346	130, 131
HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4144 en AV4149	130, 285
HR 14 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7471, <i>NJ</i> 2007/179 m.nt. Buruma	265, 272, 289
HR 10 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5714, <i>NJ</i> 2008/386 m.nt. Schalken	120
HR (concl. A-G Huydecoper) 18 januari 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB3210, <i>NJ</i> 2008/274 m.nt. Dommering	215
HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7648, <i>NJ</i> 2008/406 m.nt. Borgers	116
HR 11 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7662, <i>NJ</i> 2008/329 m.nt. Borgers	131
HR (concl. A-G Machielse) 8 april 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC5944	175
HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7077, <i>NJ</i> 2008/468 m.nt. Borgers	190
HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578, <i>NJ</i> 2008/358 m.nt. Mevis	286
HR (concl. A-G Knigge) 20 januari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BF5603, <i>NJ</i> 2009/225 m.nt. Borgers	111
HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF5603, <i>NJ</i> 2009/225 m.nt. Borgers	56, 113
HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2413, <i>NJ</i> 2009/167 m.nt. Schalken	268, 275
HR (concl. A-G Jörg) 12 mei 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH5249	129
HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5249	129
HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6608, <i>NJ</i> 2009/239	129
HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3559	126, 129
HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH8800	265, 266
HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, <i>NJ</i> 2009/349 m.nt. Schalken	252

HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH8889, <i>NJ</i> 2009/399	274
HR 8 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BL6722, <i>NJ</i> 2009/427	63
HR 12 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8836	131
HR 26 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5593, <i>NJ</i> 2010/77	143, 145
HR (concl. A-G Machielse) 2 februari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BJ8674	121
HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ8674	123
HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ8641, <i>NJ</i> 2010/246 m.nt. Schalken	115, 123
HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4173, <i>NJ</i> 2011/603 m.nt. Borgers	131
HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0613, <i>NJ</i> 2010/441 m.nt. Schalken	107, 254, 264
HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0655, <i>NJ</i> 2010/440 m.nt. Schalken	107, 124, 252, 254, 270
HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0656, <i>NJ</i> 2010/442 m.nt. Schalken	107, 254, 274
HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6346, <i>NJ</i> 2010/583 m.nt. Buruma	194
HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2492, <i>NJ</i> 2011/293 m.nt. Buruma	130, 132
HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5662, <i>NJ</i> 2010/529	216
HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, <i>NJ</i> 2011/169 m.nt. Schalken	62, 120, 249, 261, 275, 284
HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0004, <i>NJ</i> 2010/587	114
HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7688, <i>NJ</i> 2012/24 m.nt. Borgers	182
HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6673, <i>NJ</i> 2012/145 m.nt. Borgers	252
HR (concl. A-G Knigge) 18 januari 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO3374, <i>NJ</i> 2011/141 m.nt. Schalken	286
HR (concl. A-G Vellinga) 5 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO6693, <i>NJ</i> 2011/357 m.nt. Schalken	72
HR 5 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6693, <i>NJ</i> 2011/357 m.nt. Schalken	72
HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, <i>NJ</i> 2011/449 m.nt. Dommering	219, 227
HR 14 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0287, <i>NJ</i> 2011/504 m.nt. Dommering	199
HR 11 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR3037	254
HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3917, <i>NJ</i> 2012/529 m.nt. Alkema	214
HR 29 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8497, <i>NJ</i> 2011/579	131, 132
HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2173, <i>NJ</i> 2012/299 m.nt. Reijntjes	253
HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, <i>NJ</i> 2012/159 m.nt. Schalken	104, 105, 143
HR 7 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6784	254
HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7501	265, 278, 289, 320
HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7636, <i>NJ</i> 2012/264	24, 272, 280, 289
HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6913, <i>NJ</i> 2012/413 m.nt. Borgers	128
HR 8 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4301	88
HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1642, <i>NJ</i> 2013/85 m.nt. Bleichrodt	51
HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9230, <i>NJ</i> 2012/571	214, 219
HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280, <i>NJ</i> 2013/109 m.nt. Schalken	106
HR (concl. A-G Knigge) 13 november 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW9338, <i>NJ</i> 2013/413 m.nt. Borgers	111
HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, <i>NJ</i> 2013/413 m.nt. Borgers	113

HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0094	97
HR 27 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0215, <i>NJ</i> 2012/693	180, 182, 183, 311
HR (concl. A-G Silvis) 18 december 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY5315, <i>NJ</i> 2013/355 m.nt. Borger	175
HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5315, <i>NJ</i> 2013/355 m.nt. Borgers	175, 176
HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0816, <i>NJ</i> 2013/414 m.nt. Borgers	285
HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2814, <i>NJ</i> 2013/415 m.nt. Borgers	285, 291
HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, <i>NJ</i> 2013/308 m.nt. Keulen	244, 250, 252, 261, 262, 282, 291
HR 5 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2190, <i>NJ</i> 2013/306 m.nt. Reijntjes	130, 131
HR 5 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2191, <i>NJ</i> 2013/307 m.nt. Reijntjes	130, 131
HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4855, <i>NJ</i> 2013/395 m.nt. Reijntjes	192
HR 26 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3752, <i>NJ</i> 2013/294 m.nt. Dommering	197
HR (concl. A-G Hofstee) 23 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ8163	176
HR (concl. A-G Harteveld) 28 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:65	96
HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:851, <i>NJ</i> 2013/479	214
HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1423, <i>NJ</i> 2014/121 m.nt. Schalken	100
HR (concl. A-G Vegter) 7 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2013:2103, <i>NJ</i> 2014/188 m.nt. Schalken	234
HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:41, <i>NJ</i> 2014/188 m.nt. Schalken	234, 282
HR (concl. A-G Bleichrodt) 4 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2013:2152, <i>NJ</i> 2014/352 m.nt. Schalken	104, 105
HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:477, <i>NJ</i> 2014/352 m.nt. Schalken	104, 105, 254
HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:637	254
HR 26 april 2014, ECLI:NL:HR:2016:740	106
HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1609	101
HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2749, <i>NJ</i> 2014/462 m.nt. Schalken	250
HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3109, <i>NJ</i> 2015/288 m.nt. Borgers	175
HR 11 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3142, <i>NJ</i> 2015/296 m.nt. Borgers	231, 232
HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3616, <i>NJ</i> 2015/107 m.nt. Vellinga-Schootstra	175, 176
HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:513, <i>NJ</i> 2015/200 m.nt. Reijntjes	106
HR 31 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:768	196
HR 12 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1801	123
HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1334, <i>NJ</i> 2015/271	94
HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1664, <i>NJ</i> 2015/300	121
HR (concl. A-G Bleichrodt) 7 juli 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1011, <i>NJ</i> 2015/363 m.nt. Schalken	272
HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1792, <i>NJ</i> 2015/363 m.nt. Schalken	236, 272, 275
HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1791	273
HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1810, <i>NJ</i> 2015/457 m.nt. Vellinga-Schootstra	120, 123
HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2465, <i>NJ</i> 2016/40 m.nt. Mevis	286
HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2775	252
HR (concl. A-G Hofstee) 13 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1198	283

HR (concl. A-G Vellinga) 13 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1209	197
HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, <i>NJ</i> 2016/111 m.nt. Myjer	234, 282, 283
HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3057	197
HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3600, <i>BNB</i> 2016/39 m.nt. Haas	115
HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3604	115
HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, <i>NJ</i> 2016/52 m.nt. Klip	171
HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3640; 3682; 3683 en 3684	170
HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456	95, 96
HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:742	106

Gerechtshoven

Hof Den Haag 9 december 1976, ECLI:NL:GHSGR:1976:AC1125, <i>NJ</i> 1977/381	83
Hof Amsterdam 20 december 1984, ECLI:NL:GHAMS:1984:AC8645, <i>NJ</i> 1985/321	90
Hof Amsterdam 13 september 1990, ECLI:NL:GHAMS:1990:AC3193, <i>NJ</i> 1991/334	218
Hof Den Bosch 2 december 1992, ECLI:NL:GHSHE:1992:AB8212, <i>NJ</i> 1993/327	187, 212
Hof Amsterdam 7 januari 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AB9644, <i>NJ</i> 1994/553	218
Hof Amsterdam 2 februari 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AB7904, <i>NJ</i> 1996/205	218
Hof Den Bosch 27 februari 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AD2841, <i>NJ</i> 1998/518	158
Hof Leeuwarden 25 januari 1999, rolnr. 24.710.98 (niet gepubl., samenvatting in <i>NSr</i> 1999/166)	265
Hof Amsterdam 29 juni 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AF3387	242
Hof Den Haag 4 juli 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AD4273, <i>NJ</i> 2001/512	92, 275
Hof Den Haag 12 april 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE4747	144
Hof Arnhem 13 augustus 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7320	201
Hof Den Bosch 6 januari 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF3787, <i>NJ</i> 2003/279	189
Hof Leeuwarden 12 november 2003, ECLI:NL:GHLEE:2003:AO0770, <i>VR</i> 2004/59	72
Hof Leeuwarden 14 september 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AR7239	114
Hof Den Haag 13 januari 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AV4652	101
Hof Arnhem 22 augustus 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB2125	189
Hof Den Bosch 2 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC9483	130, 131
Hof Den Bosch 9 mei 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD8152	114, 275
Hof Leeuwarden 24 juli 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BD8528	188, 194
Hof Den Haag 21 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG0294	203
Hof Den Haag 24 december 2008 (niet gepubl.)	200
Hof Den Bosch 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH4425	114
Hof Den Haag 29 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ4550	94
Hof Den Haag 22 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO8239	286
Hof Den Bosch 26 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ6181, <i>NJ</i> 2011/397	282

Hof Den Haag 9 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2462	92
Hof Den Haag 12 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2002:AFO783	114
Hof Amsterdam 22 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV1397	114
Hof Den Bosch 23 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BVO293	123, 124
Hof Den Haag 2 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV2646	91
Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6574	234, 283
Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6586	234
Hof Amsterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2090	143
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8478	228
Hof Arnhem-Leeuwarden 4 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:753	208
Hof Den Haag 18 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:319	189
Hof Den Haag 4 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:620	197
Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5910	56
Hof Den Haag 15 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4062	138, 275
Hof Den Bosch 29 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:242	273, 274

Rechtbanken

Rb. Rotterdam 3 februari 1965, <i>NJ</i> 1966/106	217
Rb. Breda 1 juni 1965, ECLI:NL:RBBRE:1965:AB6647, <i>NJ</i> 1965/337	208
Rb. Amsterdam 6 november 1980, ECLI:NL:RBAMS:1980:AB9546, <i>NJ</i> 1981/502	219
Rb. Zwolle 14 oktober 1991, ECLI:NL:RBZWO:1991:AH3713, <i>KG</i> 1991/365	219
Rb. Zwolle 8 november 1991, ECLI:NL:KTGZWO:1991:AL2046, <i>Prg.</i> 1992/3634	219
Rb. Amsterdam 2 januari 1996, <i>Mediaforum</i> 1996, 2, p. B32	198
Rb. Breda 22 april 1997 (niet gepubl.)	158
Rb. Breda 15 mei 1997, ECLI:NL:RBBRE:1997:AC4174, <i>NJ</i> 1997/587	158
Rb. Amsterdam 8 oktober 1997, <i>Mediaforum</i> 1997, 11/12, p. B154	215
Rb. Zwolle 22 april 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:AH7572, <i>KG</i> 1998/173	212
Rb. Amsterdam 21 januari 1999, <i>NbSr</i> 1999, nr. 31 en 32	189
Rb. Leeuwarden 10 november 2000, ECLI:NL:RBLEE:2000:AA8273, <i>KG</i> 2000/254	203
Rb. Amsterdam 30 januari 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AA9712	138
Rb. Utrecht 18 april 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AB1151	114
Rb. Den Haag 9 oktober 2003 (niet gepubl.)	200
Rb. Utrecht 3 december 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AN9339	200, 231
Rb. Amsterdam 26 augustus 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AQ7877	304
Rb. Den Haag 29 september 2004, ECLI:NL:RBSCR:2004:AR2973;AR2978 en AR2979	200
Rb. Den Haag 3 december 2004, ECLI:NL:RBSCR:2004:AR7038	131
Rb. Amsterdam 19 oktober 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AV0104, <i>JAR</i> 2006/1	187
Rb. Zutphen 10 oktober 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ3285	233

Rb. Haarlem 27 oktober 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AZ1226	143
Rb. Amsterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:AZ7825	219
Rb. Almelo 26 maart 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BA1450	91
Rb. Zutphen 9 mei 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB1491	187, 225
Rb. Haarlem 24 augustus 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB2289	96
Rb. Almelo 19 oktober 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB6018	97
Rb. Rotterdam 14 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0274	200, 238
Rb. Roermond 2 december 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BG6201	93
Rb. Den Haag 18 februari 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH3330, BH3331 en BH3332	94
Rb. Haarlem 6 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH7614.	286
Rb. Maastricht 23 april 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI8675	129
Rb. Haarlem 16 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3060	206, 210, 223, 225
Rb. Zwolle-Lelystad 8 oktober 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BK2212	131
Rb. Amsterdam 4 november 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL3549	303
Rb. Zutphen 4 november 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK2024	99
Rb. Dordrecht 18 februari 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL4339	303
Rb. Zwolle 4 juni 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BM6799	114
Rb. Arnhem 9 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO6757	189
Rb. Haarlem 18 mei 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ8070	131
Rb. Haarlem 1 juni 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ8165	143
Rb. Den Bosch 23 februari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV6772	279
Rb. Rotterdam 16 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3203	138
Rb. Zutphen 13 december 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY6138	187, 209, 225
Rb. Den Bosch 24 december 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7155	96
Rb. Midden-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY8781	209
Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9841	51, 154, 156
Rb. Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3412	160
Rb. Noord-Holland 10 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ6826	96
Rb. Zeeland-West-Brabant 25 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5619	234
Rb. Gelderland 2 juli 2013, ECLI:NL:RBGELD:2013:1412	96
Rb. Oost-Brabant 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4794, 4795, 4796 en 4797	234
Rb. Den Haag 18 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15508	189
Rb. Den Haag 23 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18257	94
Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2701	208
Rb. Den Haag 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12507	114
Rb. Amsterdam 21 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7707	114, 275
Rb. Midden-Nederland 16 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:939	114
Rb. Limburg 17 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6059	94
Rb. Den Haag 24 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1664	215

Overige jurisprudentie

Permanente Hof van Internationale Justitie 7 september 1927, Series A, nr. 10	166
Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 485 (1928)	246
CBP 30 mei 2006, z2005-0846	304
Horncastle-arrest (R/Horncastle & Others [2009] UKSC 14),	128
CRvB 30 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2128	177
ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1075	225
CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, AB 2014/422 m.nt. Bröring	201
CRvB 2 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4192, AB 2016/77 m.nt. Bröring	201

TREFWOORDENREGISTER

B

burgerarrest	
separate rechtvaardigingsgrond	67
toegestane dwang	91-94
voorwaarden	58
verhouding tot noodweer	96, 97
verhouding tot wederspanningheid	95, 98, 100, 101, 172
verhouding tot wettelijk voorschrift	97
burgerbijstand	
strafvorderlijke reactie	181-183
term	22, 23
burgerinfiltrant	135 e.v., 306-308
burgerinformant	107 e.v., 306-308
Burgernet	15, 18, 45
burgeronderzoek	
strafvorderlijke reactie	281-291
term	23
burgerpseudovarianten	141-145, 306-308
burgerwachten	42, 43

C

convenanten	228, 231, 236
-------------	---------------

E

extraterritoriale strafvordering	165-172
----------------------------------	---------

G

getuigen	
afgeschermd getuige	121, 122
bedreigde getuige	120-122, 133
rechtmatigheidsgetuige	123, 125
geweldsmonopolie	38, 40, 73, 82, 99
grondrechten	
botsing grondrechten	212, 215, 239
horizontale werking	205, 206, 223, 237

H

herziening ten nadele	50, 51, 257, 293
herziening ten voordele	51
herziening Wetboek van Strafvordering	305-312

K

kroongetuige	
betrouwbaarheid	155
toezeggingen	159-165
verhouding met getuigplicht	147-149
voorwaarden	152-158

M

medewerking aan de opsporing	
gedwongen	177-184
informed consent	176, 309
vrijwillig	174-177
mediacontract	236, 272, 273
Meld Misdaad Anoniem	130, 131

O

opsporing	
artikel 132a Sv (oud)	57, 58
artikel 132a Sv (nieuw)	58, 59
belang	48
doel	47
proactieve opsporing	55-57
verhouding tot controle	53-55
Opsporing Verzocht	45, 233, 235

P

particuliere onderzoeksmethoden	
afluisteren	192, 193
doorzoeking laptop	209
gps	210, 211
heimelijk filmen	193, 194, 219
observeren	210, 218, 224
publiceren camerabeelden	302-305
privacygedragscode particuliere recherchebureaus	211, 223-225, 313, 316, 329
processtukken	116-120
publiek-private samenwerkingsverbanden	22, 45, 228 e.v.

R

Raad voor de Journalistiek	227
----------------------------	-----

S

sanctionering vormverzuimen en onrechtmatigheden	
artikel 359a Sv	247-256
artikel 482a lid 4 Sv	257-259
doelen	244-246
inmengingscriterium	264 e.v.
voorstel nieuw artikel	317-322
startinformatie	63, 115, 126 e.v.

T

taakstellende bepalingen	111-114, 119, 120, 132, 135, 234
taken en bevoegdheden	56, 73
Team Criminele Inlichtingen (TCI)	108, 114, 115, 120, 123, 124, 126, 129-134
tipgeld	106, 256
tipgever	108

V

verschoningsrecht	123, 159, 182, 226, 250
-------------------	-------------------------

W

Wet bescherming persoonsgegevens	178-181, 227
Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus	221-226, 238, 239

Z

zorgplichten

28, 73, 140

LITERATUURLIJST

Van der Aa 2010

S. van der Aa, *Stalking in the Netherlands. Nature and prevalence of the problem and the effectiveness of anti-stalking measures* (diss. Tilburg), Apeldoorn/Antwerpen/Portland: Maklu Uitgevers 2010.

Abels 2005

I.M. Abels, 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken of toch deals met criminelen', *AAe* 2005, 10, p. 861-864.

Ackersdijck 1829

W.C. Ackersdijck, 'Verhandeling over ongepaste en drukkende middelen in vroeger tijden hier te lande gebezigd tot het ontdekken van Misdaden en Overtredingen; – bijzonder, het houden, bezitten, of hooren van gemeene of stille waarheid, – mede tot opheldering van hetgeen verhaald wordt daar omtrent in den jare 1298 te Dordrecht voorgevallen te zijn', in: *Nieuwe Werken van de maatschappij der Nederlandsche Letterkunde te Leyden*, tweede deel, eerste stuk, Dordrecht: Blussé en Van Braam 1829, p. 1-41.

Adviescollege Bewaking en Beveiliging 1988

Adviescollege Bewaking en Beveiliging, *Advies, ten behoeve van de minister van justitie, over de noodzaak de geldende wettelijke regeling van bewakings- en beveiligingsorganisaties te wijzigen*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1988.

Van Agt 1967

A.A.M. van Agt, 'Strafvordering buiten het grondgebied van Nederland', *NJB* 1967, 11, p. 277-285.

Aler 1982

G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

Alink & Van Zeven 2007

M.J. Alink en P.D.J. van Zeven, *Getuigen in het Nederlands Strafproces*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015

C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, bewerkt door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Baaijens-van Geloven 2004

Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'De rechtsgevolgen (sanctionering) van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 341-420.

Baaijens-van Geloven & Simmelink 2002

Y.G.M. Baaijens-van Geloven en J.B.H.M. Simmelink, 'Normering van de opsporing', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen: derde interimrapport van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2002, p. 437-598.

Van Baardewijk & Hoogenboom 2011

J. van Baardewijk en B. Hoogenboom, 'Opsporing en het belang van de burger', in: L. Gunther Moor e.a. (red.), *Burgerparticipatie*, Antwerpen/Apeldoorn/Portland: Maklu 2011, p. 107-122.

Von Bar 1916

L. von Bar, *History of continental criminal law*, Boston: Little, Brown, and Company 1916.

Bayley & Shearing 1996

D.H. Bayley en C.D. Shearing, 'The Future of Policing', *Law & Society Review* 1996, 3, p. 585-606.

Beijer 1995

A. Beijer, 'Bescherming van kroongetuigen. Het Witness Protection Program in de Verenigde Staten', *DD* 1995, 2, p. 122-134.

Beijer 2006

A. Beijer, 'Een andere kennismaking met de (wet) afgeschermdde getuige', *DD* 2006, 9, p. 959-986.

Uit Beijerse 1998

J. uit Beijerse, *Op verdenking gevangengezet. Het voorarrest tussen beginselen en praktische behoeften* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Van der Bel, Van Hoorn & Pieters 2013

D. van der Bel, A.M. van Hoorn en J.J.T.M. Pieters, *Informatie en Opsporing. Handboek informatieverwerking, -verwerking en -verstrekking ten behoeve van de opsporingspraktijk*, Zeist/Utrecht: Uitgeverij Kerckebosch/Studiecentrum Rechtspleging 2013.

Van Bemmelen 1868

P. van Bemmelen, 'De strafvordering in hare hoofdtrekken beschouwd (boekbespreking)', *Themis* 1868-II, p. 269-285.

Van Bemmelen 1940

J.M. van Bemmelen, *Strafvordering: Leerboek van het Nederlandsche Strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1940.

Van den Bergh 1842

L.P.C. van den Bergh, *Verhandelingen over de oude wijze van strafvordering in Gelderland, Holland en Zeeland, voornamelijk in de XIII^{de} en XIV^{de} eeuw*, Leiden: Luchtmans 1842.

Berman 1983

H.J. Berman, *La wand Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge/Londen: Harvard University Press 1983.

Bervoets & Eijgenraam 2014

E. Bervoets en E. Eigenraam, *Privaat blauw. Portiers, evenementbeveiligers en voetbalstewards op risicovolle locaties en tijdens risicovolle momenten*, Apeldoorn/Rotterdam: Politie & Wetenschap/Lokale Zaken 2014.

Beunders & Muller 2005

H. Beunders en E. Muller, *Politie en media. Feiten, fictie en imagopolitiek*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2005.

Binding 1965

K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, deel 1, Aalen: Scientia Verlag 1965.

Bleichrodt 2003

F.W. Bleichrodt, 'Onrechtmatig verkregen bewijs afkomstig van derden', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (liber amicorum De Hullu), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 39-50.

Bleichrodt 2008

F.W. Bleichrodt, 'Herziening ten nadele', *Strafblad* 2008, 5, p. 513-522.

Bleichrodt 2010

F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010.

Bleichrodt & De Doelder 2014

F.W. Bleichrodt en H. de Doelder, 'Inbrekersrisico', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht* (liber amicorum Machielse), Deventer: Kluwer 2014, p. 13-21.

Bleichrodt & Korten 2012

F.W. Bleichrodt en M.C.P. Korten, 'Het onontgonnen terrein van getuigenbescherming', *NJB* 2012, 23, p. 1564-1571.

Bleichrodt & Moerman 2013

F.W. Bleichrodt en E.M. Moerman, 'Enkele vormen van private bijdragen aan de opsporing belicht', *AAe* 2013, 7/8, p. 566-573.

Blok 2002

P.H. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Blok & Besier I 1925

A.J. Blok en L.C. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink en Zoon 1925.

Blok & Besier II 1925

A.J. Blok en L.C. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink en Zoon 1925.

Blom 2014

J.C.H. Blom, 'Nederland sinds 1830', in: J.C.H. Blom en E. Lamberts (red.), *Geschiedenis van de Nederlanden*, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2014, p. 381-451.

Bogert 2005

P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulditsluiting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Bokhorst 2004

R.J. Bokhorst, 'De stelselmatige burgerinformant', in: M. Boone e.a. (red.), *Discretie in het strafrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004, p. 77-89.

Boorsma 1996

J.S.W. Boorsma, 'Dood aan de burgerinfiltrant', *NJB* 1996, 33, p. 1370 en 1371.

Borgers 2009

M.J. Borgers, 'Het opsporingsbegrip anno 2009', in: M.J. Borgers, M.J.A. Duker en L. Stevens (red.), *Politie in beeld* (liber amicorum Naeyé), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 27-64.

Borgers 2012a

M.J. Borgers, 'Boekbespreking' (bespreking van: F.W. Bleichrodt, Over burgers en opsporing (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010), *DD* 2012, 5, p. 406-413.

Borgers 2012b

M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012, 4, p. 257-273.

Borgers 2013a

M.J. Borgers, 'Het vervolgingsbegrip anno 2013', *DD* 2013, 3, p. 210-228.

Borgers 2013b

M.J. Borgers, 'De rechterlijke toetsing ter zake van het permanent niet-voegen van relevante stukken in het dossier', in: A. Dijkstra, B.F. Keulen en G. Knigge (red.), *Het roer recht* (liber amicorum Vellinga en Vellinga-Schootstra), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 43-55.

Bos, Dekkers & Homburg 2007

J. Bos, S. Dekkers en G.H.J. Homburg, *Evaluatie privacygedragscode particuliere recherchebureaus*, Amsterdam: Regioplan Beleidsonderzoek 2007.

De Bosch Kemper 1838

J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en in verband gebracht met de algemeene regtsgeleerdheid*, eerste deel, Amsterdam: Johannes Müller 1838.

Bovenkerk 1996

F. Bovenkerk, 'En daar is hij dan, de kroongetuige', in: C.H. Brants, C. Kelk en M. Moerings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief* (Swart-bundel), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 145-156.

Ter Brake 2009

H.K. ter Brake, 'Toestemming en dwangmiddelen, een verenigbaar stel?', in: M.J. Borgers, M.J.A. Duker en L. Stevens (red.), *Politie in beeld* (liber amicorum Naeyé), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 65-76.

Brants 2008

C.H. Brants, 'Het journalistieke privilege in Nederland: hoe zinvol en wenselijk is een wettelijke regeling?', *DD* 2008, 4, p. 327-355.

De Brauw 1965

P.J.W. de Brauw, 'Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaar maken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?', in: *Handelingen der Nederlandse juristen-vereniging 1965, eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1965, p. 1-76.

Brinkhoff 2008

S. Brinkhoff, 'Burgeropsporing', in: *OM congres 2008. De burger als opspoorder*, Den Haag: Openbaar Ministerie 2008, p. 63-94.

Brinkhoff 2009

S. Brinkhoff, 'De controle op de criminele inlichtingeneenheden', *DD* 2009, 2, p. 112-139.

Brinkhoff 2011

S. Brinkhoff, 'De particuliere recherche: ongecontroleerde opsporing?', in: P.H.P.H.M.C. Kempen en A.J. Machielse (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context* (liber amicorum Buruma), Deventer: Kluwer 2011, p. 61-79.

Brinkhoff 2014

S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Brinkhoff 2016

S. Brinkhoff, 'De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid', *DD* 2016, 2, p. 101-116.

Brouwer 2000

D.V.A. Brouwer, 'Het verkennend onderzoek in strafzaken en de wetgevingsspiraal', *NJB* 2000, 12, p. 637-640.

Brouwer 2008a

H. Brouwer, *Burgerparticipatie en Burgeropsporing. Eerste Gonsalveslezing door mr. H.N. Brouwer, voorzitter van het College van procureurs-generaal, gehouden op 15 februari ter gelegenheid van de uitreiking van de tweede mr. Gonsalvesprijs*, te raadplegen via www.gonsalvesprijs.nl/?id=136.

Brouwer 2008b

H. Brouwer, 'De betrokken burger', in: *OM congres 2008. De burger als opspoorder*, Den Haag: Openbaar Ministerie 2008, p. 97-111.

Brouwer & Van de Laar 2011

D.V.A. Brouwer en T.A.H.M. van de Laar, 'De OM-aanwijzing inzake noodweer. Is de niet-aangehouden verdachte werkelijk beter af...?', *NJB* 2011, 23, p. 1497-1500.

Brouwer & Van Rest 1996

D.V.A. Brouwer en P.H.S. van Rest, 'Van bijzonder naar buitengewoon?', *DD* 1996, 4, p. 327-349.

Buruma 1997

Y. Buruma, 'Strafvorderlijke deals', *IUST* 1997, 3, p. 52-68.

Buruma 1999

Y. Buruma, 'Afspraken met criminelen', *DD* 1999, 7, p. 584-600.

Buruma 2000

Y. Buruma, 'De rechtmatigheidsgetuige', *DD* 2000, 9, p. 859-874.

Buruma 2001

Y. Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Buruma 2002

Y. Buruma, 'Onrechtmatige opsporing', *DD* 2002, 2, p. 198-208.

Buruma 2003

Y. Buruma, 'Veiligheid als publieke taak', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2002, p. 185-202.

Buruma 2004

Y. Buruma, 'Deals met criminelen – antwoord aan een bedreigde officier', *Trema* 2004, 5, p. 197-200.

Buruma 2008a

Y. Buruma, 'Burgeropsporing in de dramademocratie', in: *OM congres 2008. De burger als opspoorder*, Den Haag: Openbaar Ministerie 2008, p. 35-60.

Buruma 2008b

Y. Buruma, 'Onderzoeksjournalistiek', *NJB* 2008, 8, p. 378.

Buruma 2009

Y. Buruma, 'Betrouwbaar bewijs', *DD* 2009, 4, p. 303-324.

Buruma 2013

Y. Buruma, 'De criminele burgerinfiltrant', *NJB* 2013, 28, p. 1843.

Buruma & Muller 1997

Y. Buruma en E.R. Muller, 'Na de enquête: inzake het voorontwerp bijzondere opsporingsbevoegdheden', *NJB* 1997, 12, p. 527-533.

Van Calster & Schuilenburg 2008

P. van Calster en M.B. Schuilenburg, 'Burgernet vanuit een nodal governance-perspectief', *JV* 2009, 1, p. 93-112.

Clapham 1996

A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford: Clarendon Press 1996.

Cleiren 1989

C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Cleiren 2001

C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock en C.J.M. Klaassen (red.), *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 9-31.

Cleiren 2008

C.P.M. Cleiren, 'Het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding. Overwegingen over belang en risico's van 'deskundigen'-inbreng', *Strafblad* 2008, 3, p. 272-285.

Cleiren 2010

C.P.M. Cleiren, *Evolueren naar meer horizontale en multidimensionale verhoudingen in het strafrecht*, Mechelen: Kluwer 2010.

Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998

Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving 1995

Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving, *Het Recht Ten Uitvoer Gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1995.

Commissie kleine criminaliteit 1984

Commissie kleine criminaliteit, *Interimrapport van de Commissie kleine criminaliteit*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1984.

Commissie kleine criminaliteit 1986

Commissie kleine criminaliteit, *Eindrapport Commissie kleine criminaliteit*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1986.

Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij 2001

P.A.M. Mevis e.a., *Gegevensvergaring in strafvordering. Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek*, te raadplegen via www.recht.nl/nieuws/privacyrecht/archief/1833/strafvorderlijke-gegevensvergaring-in-de-informatiemaatschappij/.

Commissie Sociale Zelfredzaamheid 1990

Commissie Sociale Zelfredzaamheid, *Naar een nieuwe balans van verantwoordelijkheden: verslag van de Commissie Sociale Zelfredzaamheid in opdracht van de Stichting Maatschappij en Politie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Coppens 1991

E.C. Coppens, 'De inquisitoire procedure in het canonieke recht', in: H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg (red.), *Misdaad, zoen en straf. Aspecten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1991, p. 37-47.

Cornelissens & Ferwerda 2010

A. Cornelissen en H. Ferwerda, *Burgerparticipatie in de opsporing: een onderzoek naar aard, werkwijzen en opbrengsten*, Amsterdam: Reed Business 2010.

Corstens 1974

G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid* (diss. Amsterdam UvA), IJmuiden: Vermande 1974.

Corstens 1993

G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Corstens 1995

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Corstens 2002

G.J.M. Corstens, 'Een multidimensionaal strafrecht', *NJB* 2002, 29, p. 1401.

Corstens 2008

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Corstens & Borgers 2014

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014.

Corstens & Kuiper 2013

G.J.M. Corstens en R. Kuiper, 'Positieve verplichtingen tot effectieve strafbaarstelling en de ernst van het feit als wegingsfactor bij de toepassing van art. 359a Sv', in: A. Dijkstra, B.F. Keulen en G. Knigge (red.), *Het roer recht* (liber amicorum Vellinga en Vellinga-Schootstra), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 57-66.

Crijns 2010

J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Crijns & Van der Meij 2005,

J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 45-69.

Van Deursen 2014

A.T. van Deursen, 'De Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden', in: J.C.H. Blom en E. Lamberts (red.), *Geschiedenis van de Nederlanden*, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2014, p. 145-220.

Diepenmaat 2016

F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen. Een onderzoek naar de reikwijdte en de toepassing van artikel 420bis Sr* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Dijk & De Waard 2001

F. van Dijk en J.J. de Waard, 'De markt voor private opsporing; vraag en aanbod', *JV* 2001, 4, p. 25-41.

Van Dijk e.a. 2006

F. van Dijk e.a., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Dobinson & Johns 2007

I. Dobinson en F. Johns, 'Qualitative Legal Research', in: M. McConville en W.H. Chui (red.), *Research Methods for Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press 2007, p. 16-45.

Van der Does de Willebois 1909

W.E.T.M. van der Does de Willebois, 'Is een betere omschrijving van het begrip: ontdekking op heeterdaad, en een andere regeling van politie en justitie bij heeterdaad gewenst?', in: *Handelingen 1909 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, eerste stuk, 's-Gravenhage: Belinfante 1909, p. 92-169.

Van Dorst 1996

A.J.A. van Dorst, 'Een Via della Conciliazione in het strafproces? Iets over strafvermindering als sanctie op vormverzuimen', in: C.J.G. Bleichrodt e.a. (red.), *Mens en recht, kanttekeningen bij conclusies van Leo Meijers* (Meijers-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 271-275.

Drenth 1939

J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Nood-Hollandsche uitgevers maatschappij 1939.

Dubelaar 2014

M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

Elias 1969

N. Elias, *Über den Prozeß der Zivilisation*, München: Franke Verlag Bern 1969.

Embregts 2003

M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting* (diss. Tilburg), Tilburg: Universiteit Tilburg 2003.

Embregts 2004

M.C.D. Embregts, 'De invloed van de Straatsburgse rechtspraak op de bewijsuitsluitingsregel', *NJCM-Bulletin* 2004, 5, p. 679-698.

Enschedé 1966

C.J. Enschedé, 'Bewijzen in het strafrecht', *RM Themis* 1966, p. 488-518.

Enschedé, Rüter & Stolwijk 1990

C.J. Enschedé, C.F. Rüter en S.A.M. Stolwijk, *Beginnelen van strafrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Van Erp, Van Gastel & Webbink 2012

J.G. van Erp, F. van Gastel en H.D. Webbink, *Opsporing verzocht. Een quasi-experimentele studie naar de bijdrage van het programma Opsporing Verzocht aan de oplossing van delicten*, Amsterdam: Reed Business 2012.

Eysink Smeets e.a. 2005

M. Eysink Smeets e.a., *Particuliere recherche Uitbreiding van de reikwijdte van de wet?*, Apeldoorn: WODC 2005.

Feber 1956

G.A.H. Feber, 'In hoeverre behoren onderzoeksmethoden in strafzaken ten aanzien van de persoon van de verdachte aan beperkende voorschriften te worden onderworpen', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1956*, eerste deel, tweede stuk 1956, p. 179-246.

Ferwerda & Wondergem 2015

H. Ferwerda en L. Wondergem, 'Outsourcing van politietaken bij evenementen' in: P. Ponsaers e.a. (red.), *Outsourcing policing* (Cahiers Politiestudies jaargang 2015-3), Antwerpen/Apeldoorn/Portland: Maklu 2015, p. 149-162.

Fijnaut 1971

C. Fijnaut, *De selectiviteit van het justitiële politieoptreden* (diss. Leuven), Leuven: Universiteit van Leuven 1971.

Fijnaut 1991

C. Fijnaut, 'Observatie en infiltratie: toe aan een wettelijke regeling', in: D.R. Doorenbos en R.J. Verweij (red.), *Hercodificatie wetboek van strafvordering*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991, p. 69-84.

Fijnaut 2002

C. Fijnaut, 'Bedrijfsmatige georganiseerde particuliere opsporing en (het Wetboek van) s/ Strafvordering', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 689-749.

Fijnaut 2012

C. Fijnaut, 'De exfiltratie van verdachte en veroordeelde criminelen', *JV* 2012, 3, p. 68-84.

Fokkens 1981

J.W. Fokkens, 'De exclusionary rule in het Nederlandse strafprocesrecht', in: *Beginselen. Opstellen over strafrecht* (liber amicorum Mulder), Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 57-69.

Fokkens 1991

J.W. Fokkens, 'Enkele gedachten over de sanctie op onrechtmatige bewijsgaring', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Met hoofd en hart* (liber amicorum Leijten), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 227-235.

Fokkens & Kirkels-Vrijman 2009

J.W. Fokkens en N. Kirkels-Vrijman, 'De artikelen 2 Politiewet 1993 en 141 en 142 Strafvordering als basis voor opsporingsbevoegdheden', in: M.J. Borgers, M.J.A. Duker en L. Stevens (red.), *Politie in beeld* (liber amicorum Naeyé), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 105-124.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

Franke 2009

M.E. Franke, 'De rechtvaardigingsgrond in strafrecht en burgerlijk recht', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis* (liber amicorum Nieuwenhuis), Deventer: Kluwer 2009, p. 507-522.

Franssen 1993

A.M. Franssen, 'Toezicht en opsporing, het onduidelijke voortraject bij de publieke rechtshandhaving', *DD* 1993, 2, p. 99-112.

Friperson, Bouman & Wilms 2013

R. Friperson, S. Bouman en P. Wilms, *Samen opgespoord? Eindrapport "Pilot samenwerking particuliere onderzoeksbureaus met politie en OM"*, Den Haag: APE onderzoek & advies 2013.

Franken 2010

A.A. Franken, 'Regels voor het strafdossier', *DD* 2010, 4, p. 403-418.

Frederiks 1918

K.J. Frederiks, *Het Oud-Nederlandsch Strafrecht*, eerste deel, Haarlem: De Erven F. Bohn 1918.

Frielink 1990

P.M. Frielink, *Infiltratie in het strafrecht: een onderzoek naar de materieelrechtelijke en formeelrechtelijke aspecten van het opsporen van strafbare feiten door middel van infiltratie* (diss. Nijmegen), Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer 1990.

Frielink 2014

P.M. Frielink, 'Een kwart eeuw infiltratie. Een beperkte update en een enkele terugblik', in: E. Hofstee, O. Jansen en A. Smit (red.), *Kringgedachten. Opstellen van de Kring Corstens*, Deventer: Kluwer 2014, p. 135-145.

Garland 1996

D. Garland, 'The limits of the sovereign state. Strategies of crime control in contemporary society', *The British Journal of Criminology* 1996, 4, p. 445-471.

Garland 2001

D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Gerbrandy 1968

S. Gerbrandy, 'Met list of kunstgreep vervaardigde foto's', *NJB* 1968, 42, p. 1097-1103.

Van Gestel 2015

R.A.J. van Gestel, 'Kwaliteit van juridische publicaties', in: *Kwaliteit als keuze. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2015, eerste deel, Deventer: Kluwer 2015, p. 243-378.

Van Giffen 1883

J. van Giffen, *Ontdekking van het misdrijf op heeterdaad in verband met preventieve hechtenis* (diss. Leiden), Arnhem: Rinkes 1883.

Groenhuijsen 1990

M.S. Groenhuijsen, 'Boekbespreking J.M. Reijntjes: Boef of Burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing', *DD* 1990, 20, p. 555-562.

Groenhuijsen 2013

M.S. Groenhuijsen, 'Afrondende en overkoepelende beschouwingen over het thema privatisering van het strafrecht', *AAe* 2013, 7/8, p. 606-614.

Groenhuijsen & Knigge 2001

M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Algemeen Deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 1-55.

Groenhuijsen & Knigge 2004

M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Afronding en Verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en Verantwoording*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3-185.

Groenouwe 2014

M. Groenouwe, 'Een pleidooi voor terughoudendheid: over hoe Youtube, Facebook en PowNews leiden tot strafvermindering', *DD* 2014, 2, p. 157-169.

Gunther Moor & Van der Vijver 2001

L. Gunther Moor en C.D. van der Vijver, 'Privatisering van opsporing; een kader voor normering', *JV* 2001, 4, p. 77-86.

Haarman & Van der Burgt 1921

J.W. Haarman en A.W. van der Burgt, *Wetboek van strafvordering verklaard*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1921.

Hagenaars & Bonnes 2014

P.M.M. Hagenaars en J.M. Bonnes, *De kracht van privaat-publieke samenwerking. Succesfactoren in veiligheidsprojecten in het digitale tijdperk*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014.

Van Hamel 1886/1887a

G.A. van Hamel, 'Wederspannigheid (eerste gedeelte)', *TvS* 1886/1887, p. 19-38.

Van Hamel 1886/1887b

G.A. van Hamel, 'Wederspannigheid (tweede gedeelte)', *TvS* 1886/1887, p. 174-184.

Handboek voor de opsporingspraktijk 2007

M. Nieuwenhuis (red.), *Handboek voor de opsporingspraktijk. Openbaar Ministerie*, eerste deel, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Harper 1904

R.F. Harper, *The code of Hammurabi King of Babylon about 2250 B.C.*, Chicago/Londen: The University of Chicago Press/Callaghan & Company/Luzac & Company 1904.

Hartmann & Van Russen Groen 1998

A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.

Van Hattum 2008

W.F. van Hattum, 'Herziening ten nadele. Wat de kwestie Joran van der Sloot ons daarover kan leren, *NJB* 2008, 12, p. 682-684.

Van Hattum 2012

W.F. van Hattum, *Non bis in idem: De ontwikkeling van een beginsel* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996

D. Hazewinkel-Suringa, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, bewerkt door J. Remmelink, Deventer: Gouda Quint 1996.

Heerma van Voss 2000

L. Heerma van Voss, 'Verzorgingsstaat en welvaart', in: L. Heerma van Voss e.a. (red.), *Van agrarische samenleving naar verzorgingsstaat*, Groningen: Martinus Nijhoff 2000, p. 385-401.

Heijder 1989

A. Heijder, *Management van de Politiefunctie* (oratie Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Van Heijnsbergen 1925

P. van Heijnsbergen, *Bijdrage tot de geschiedenis van het bewijsrecht*, *TvS* 1925, p. 229-263.

Van Heijnsbergen 1927

P. van Heijnsbergen, *Het inquisitoire proces* (oratie Groningen), Groningen: Noordhoff 1927.

Hermans 2009

R.H. Hermans, 'Kennismening van processtukken in het voorbereidend onderzoek in strafzaken', *DD* 2009, 5, p. 494-526.

Hermans 2012

R.H. Hermans, 'Nieuwe regels voor de kennismening van processtukken', *DD* 2012, 4, p. 290-308.

Hildebrandt 2002

M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.

Hins 2013

A.W. Hins, 'De journalistieke exceptie en de bescherming van persoonsgegevens. Laveren tussen twee grondrechten', *Mediaforum* 2013, 4, p. 98-104.

Hirsch Ballin 2012

M.F.H. Hirsch Ballin, *Anticipative Criminal Investigation. Theory and Counterterrorism Proactive in the Netherlands* (diss. Utrecht), Utrecht: Universiteit Utrecht 2012.

Hobbes 1651

T. Hobbes, *Leviathan Or The Matter, Form, and Power of a Common-wealth, Ecclesiastical and Civil*, Londen: Andrew Crooke 1651.

Van Hoecke 2011

M. van Hoecke, 'Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?', in: M. van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 1-18.

Hoekendijk 1985

M.G.M. Hoekendijk, *Dwangmiddelen in het strafproces*, Arnhem: Gouda Quint 1985.

Holterman 1995

T. Holterman, *Constanten in het publiekrecht: met het oog op besturen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Hoog Antink 2012

A. Hoog Antink, 'Politie & social media in Nederland', *Panopticon* 2012, 3, p. 273-283.

Hoogenboom 1988

A.B. Hoogenboom, *Particuliere recherche: een verkenning van enige ontwikkelingen*, Den Haag: Ministerie van Justitie/Sdu Uitgevers 1988.

Hoogenboom 1995

A.B. Hoogenboom, 'Pandora's doos. Tien jaar SeC en particuliere beveiliging', *JV* 1995, 3, p. 88-101.

Hoogenboom 2009

A.B. Hoogenboom, 'Dingen veranderen en blijven gelijk', *JV* 2009, 1, p. 63-77.

Hoogenboom & Muller 2002

A.B. Hoogenboom en E.R. Muller, *Voorbij de dogmatiek: Publiek-private samenwerking in de veiligheidszorg*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2002.

Hooykaas 1934

I.P. Hooykaas, 'Komt bij de bescherming van de individuele vrijheid in ons huidig strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?', in: *Handelingen 1934 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, eerste deel, tweede stuk, p. 1-158.

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Wolters Kluwer: Deventer 2015.

Hunter 1903

W.A. Hunter, *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code*, Londen: Sweet & Maxwell 1903.

Immink 1895

J.W.A. Immink, *De betrapping op heeterdaad in verband met art. 40 W.V.Sv.* (diss. Utrecht), Amersfoort: Valkhoff 1895.

Inspectie Openbare Orde en Veiligheid 2009

Inspectie Openbare Orde en Veiligheid, *Kwaliteit in particuliere veiligheid?! Politietoezicht op de particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus*, Den Haag: Inspectie Openbare Orde en Veiligheid 2009.

Janssen 2012

S.L.J. Janssen, 'Anonieme getuigen: ervaringen uit de praktijk', *Strafblad* 2012, 5, p. 381-387.

Janssen 2013

S.L.J. Janssen, *De kroongetuige in het Nederlandse strafproces. Vertrouwen is goed, controle is beter* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Janssen 2014

S.L.J. Janssen, 'I am the law', *NJB* 2014, 11, p. 707-710.

Jebbink 2007

W.H. Jebbink, 'Beoordeling van pseudokoop kan evenwichtiger. Herijking van het Talloncriterium aan Straatsburgse rechtspraak gewenst', *NJB* 2007, 20, p. 1216-1223.

Joh 2005

E.E. Joh, 'Conceptualizing the Private Police', *Utah law review* 2005, p. 573-617.

Johnston & Shearing 2003

L. Johnston en C.D. Shearing, *Governing Security. Explorations in Policing and Justice*, Londen/New York: Routledge 2003.

Jörg 1996

N. Jörg, 'De pot verwijt de ketel dat hij zwart ziet: over onrechtmatig verkregen verdedigingsinformatie', in: C. H. Brants, C. Kelk, en M. Moerings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief* (Swart-bundel), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 157-167.

Van Kampen 2013

P.T.C. van Kampen, "'Informed consent" en de rechtspraak ex artikel 359a Sv', *DD* 2013, 2, p. 140-155.

Van Kampen & Hein 2013

P.T.C. van Kampen en D.P. Hein, 'Strijd om stukken: de Wet processtukken', *NJB* 2013, 2, p. 72-78.

De Keijser, Weerman & Huisman 2006

J.W. de Keijser, F.M. Weerman en W. Huisman, 'Ontwikkelingen bij de politie: centralisatie, prestatie, en informatie', *DD* 2006, 1, p. 60-68.

Kelk & De Jong 2013

C. Kelk en F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Kempen 2005

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Terrorismebestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen', *NJB* 2005, 8, p. 397-400.

Van Kempen 2008

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Keulen 2014

B.F. Keulen, 'Wetboek op stellen: Over de modernisering van het Wetboek van Strafvordering', *RM Themis* 2014, 5, p. 211-222.

Keulen & Knigge 2010

B.F. Keulen en G. Knigge m.m.v. D.H. de Jong, *Ons strafrecht, deel 2, Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Klerks 2008

P. Klerks, 'Terughoudend toezicht op omvangrijke private recherche', *TvV* 2008, 4, p. 9-19.

Klerks, Van Meurs & Scholtes 2001

P.P.H.M. Klerks, C. van Meurs en M. Scholtes, *Particuliere recherche in Nederland. Werkwijzen en informatiestromen*, Lelystad: Koninklijke vermande 2001.

Klerks & Scholtes 2001

P. Klerks en M. Scholtes, 'Particuliere recherche. Een informatiemarkt in ontwikkeling', *JV* 2001, 4, p. 9-24.

Klip 1995

A. Klip, 'Extraterritoriale strafvordering', *DD* 1995, 10, p. 1056-1078.

Knevel 1994

P. Knevel, *Burgers in het geweer. De schutterijen in Holland, 1550-1700*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1994.

Knigge 1990

G. Knigge, 'Van opsporing en strafvordering', *DD* 1990, 3, p. 195-213.

Knigge 1996

G. Knigge, 'Hoe gestolen goed kan gedijen', in: C. J. G. Bleichrodt (red.), *Mens en recht. Kanttekeningen bij conclusies van Leo Meijers* (Meijers-bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 286-295.

Knigge 1998

G. Knigge, 'Onrechtmatig verkregen bewijs en overtuigende kracht van bewijsmiddelen', in: G. Knigge (red.), *Leerstukken van Strafprocesrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1998, p. 153-187.

Knigge 2001

G. Knigge, 'Opsporing, vervolging en berechting als fasen in de strafvordering', in: G. Knigge (red.), *Leerstukken van het strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 2001, p. 1-34.

Knigge & Kwakman 2001

G. Knigge en N.J.M. Kwakman, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken: tweede interimrapport van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 125-348.

Koning 2013

M.E. Koning, 'Publiek private samenwerking in cyberspace—de gegevensvergaring', *Computerrecht* 2013, 1, p. 33-41.

Kop & Klerks 2009

N. Kop en P. Klerks, *Intelligencegestuurd politiewerk*, Apeldoorn: Politieacademie 2009.

Korten 2015

M.C.P. Korten, *Getuigenbescherming in Nederland* (diss. Rotterdam), Rotterdam: in eigen beheer 2015.

Korthals Altes 2008

W.F. Korthals Altes, 'Een wettelijke definitie van 'journalist'? Geen oplossing voor het journalistieke privilege', *Mediaforum* 2008, 5, p. 211-214.

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Kremer 1999

M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Kremer 2002

M. Kremer, 'Onderzoek ten behoeve van civiele procedures. De grenzen van private opsporing', *Advocatenblad* 2002, 1, p. 6-12.

De Kruif 2012

C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde* (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012.

Kuiper 2010

R. Kuiper, *Vormfouten in de Verenigde Staten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Kuiper 2014

R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Kunkel 1962

W. Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1962.

Kunkel 1974

W. Kunkel, 'Ein direktes Zeugnis für den privaten Mordprozeß im altrömischen Recht', in: W. Kunkel (red.), *Kleine Schriften Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger 1974, p. 111-116.

Kwakman 2012

N.J.M. Kwakman, 'Noodweer(exces) en burgerarrest: complementaire voorzieningen', *NJB* 2012, 2, p. 116-119.

Van der Land, Van Stokkom & Boutellier 2014

M. van der Land, B.A.M. van Stokkom en J.C.J. Boutellier, *Burgers in veiligheid. Een inventarisatie van burgerparticipatie op het domein van de sociale veiligheid*, Den Haag: WODC 2014.

Van der Land & Van Stokkom 2015

M. van der Land en B.A.M. van Stokkom, 'Burgerparticipatie en 'crafting' in het lokale veiligheidsbeleid', *TvV* 2015, 1, p. 3-21.

Latte 1936

K. Latte, 'The Origin of the Roman Quaestorship', *Transactions of the American Philological Association* 1936, 67, p. 24-33.

Lawson 2004

R.A. Lawson, 'Hoe exclusief dient de 'exclusionary rule' te zijn?', in: P.D. Duyx en P.D.J. van Zeben (red.), *Via Straatsburg* (liber amicorum Myjer), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 181-205.

Leeuw 2013

B.J.G. Leeuw, *Grondwet en eerlijk proces. Een onderzoek naar de eventuele meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013.

Van Leiden & Ferwerda 2011

I. van Leiden en H. Ferwerda, 'Inburgering in de opsporing: wijzen waarop de politie in het kader van de opsporing een beroep doet op burgers', in: L. Gunther Moor e.a. (red.), *Burgerparticipatie*, Antwerpen/Apeldoorn/Portland: Maklu 2011, p. 79-88.

Van Lent 2008

L. van Lent, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Lindenberg 2002

K. Lindenberg, *Van Ort tot ORO. Een verzameling van de werken die hebben geleid tot het Oorspronkelijk Regeringsontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering (1914)*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2002.

Loyson 2015

J.W.H.G. Loyson, *Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken. Pleidooi voor een partiele afschaffing*, *NJB* 2015, 34, p. 2357-2363.

Van der Lugt 2001

B.W.M. van der Lugt, 'Waarborgen voor private opsporing. Wetgeving of zelfregulering?', *JV* 2001, 4, p. 65-76.

Van Maanen 2011

G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?', in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos? Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2011*, Deventer: Kluwer 2011, p. 9-70.

Mac Gillavry 2002

E.C. Mac Gillavry, 'De informatieplicht van de Commissie-Mevis', *RM Themis* 2002, 1, p. 27-30.

Mac Gillavry 2004

E.C. Mac Gillavry, *Met wil en dank. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de medewerking aan strafvordering door bedrijven* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Machielse 1986

A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht: een rechtsvergelijkende en dogmatische studie* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Stichting Onderzoek Recht en Beleid 1986.

Maris & Jacobs 1997

C.W. Maris en F.C.L.M. Jacobs, *Recht, orde en vrijheid. Een historische inleiding in de rechtsfilosofie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1997.

Martinage 2002

R. Martinage, *Geschiedenis van het strafrecht in Europa*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Van der Meij 2010

P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek. Een onverminderde zoektocht naar evenwicht in de rolverdeling tussen de rechter-commissaris, de officier van justitie en de verdediging* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Meijers 1982

L.C.M. Meijers, 'Politie, openbaar ministerie en bewijsverkrijging (Dient de wetgever beperkingen te stellen ten aanzien van de wijze van het verkrijgen van door de rechter in strafzaken te hanteren bewijsmiddelen?)', in: *Handelingen 1982 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, eerste deel, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 5-106.

Meuwese & Versteeg 2012

A.C.M. Meuwese en M. Versteeg, 'Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law?', in: L.H.J. Adams en J.A. Bomhoff (red.), *Comparing Law: Practice and Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 230-257.

Mevis 1988

P.A.M. Mevis, 'Preventieve observatie geobserveerd', *DD* 1988, 3, p. 219-226.

Mevis 1989

P.A.M. Mevis, *Binnen zonder kloppen? Het betreden van woningen in het kader van de strafvordering* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Mevis 1990

P.A.M. Mevis, 'Van opsporing, strafvordering en legaliteit', *DD* 1990, 10, p. 936-945.

Mevis 2002

P.A.M. Mevis, 'Gegevensvergaring is iets anders dan een informatieplicht', *RM Themis* 2002, 1, p. 30-35.

Mevis 2005

P.A.M. Mevis, 'De evaluatie van de Wet-BOB en van de Wet herziening GVO', *DD* 2005, 5, p. 452-466.

Mevis 2007

P.A.M. Mevis, 'Het debat over de herziening ten nadele', *DD* 2007, 9, p. 843-850.

Mevis 2014

P.A.M. Mevis, 'De bescherming van de woning 25 jaar later', in: E. Hofstee, O. Jansen en A. Smit (red.), *Kringgedachten. Opstellen van de Kring Corstens*, Deventer: Kluwer 2014, p. 157-169.

Mevis & Kooijmans 2003

P.A.M. Mevis en T. Kooijmans, *Herziening ten nadele*, Rotterdam: Sanders Instituut/Kluwer 2003.

Mevis, Nan & Struijk 2015

P.A.M. Mevis, J.S. Nan en S. Struijk, 'Kort geding en strafrecht: huidige en toekomstige plaatsbepaling', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 379-400.

Minkenhof/Reijntjes 2009

A. Minkenhof, *Minkenhof's Nederlandse strafvordering, bewerkt door J.M. Reijntjes*, Deventer: Kluwer 2009.

Moerman 2015

E.M. Moerman, 'De positie van de bijstand door burgers in de herziening van de bijzondere opsporingsbevoegdheden', *DD* 2015, 5, p. 363-372.

Mols 2003a

G.P.M.F. Mols, *Getuigen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003.

Mols 2003b

G.P.M.F. Mols, 'Burgersporing en strafvorderlijke rechtswaarborgen', *NSr* 2003, 6, p. 406 en 407.

Mols 2013

G.P.M.F. Mols, 'De passage: via afvoerpijp en kroongetuige naar levenslang', *NSr* 2013, 3b, p. 299-304.

Mommsen 1889

T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Berlijn: Leipzig, Duncker & Humblot 1889.

Moorman van Kappen 2006

O. Moorman van Kappen, 'Het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland van 1809 in het licht van zijn wordingsgeschiedenis', in: J. Hallebeek en A.J.B. Sirks (red.), *Nederland in Franse schaduw*, Hilversum: Verloren 2006, p. 201-220.

Myjer 2003

B.E.P. Myjer, 'De al te hitsige advocaat die eigenlijk helemaal niet getapt was', *NJB* 2003, 26, p. 1329-1332.

Naeyé 1990

J. Naeyé, *Heterdaad. Politiebevoegdheden bij ontdekking op heterdaad in theorie en praktijk* (diss. Amsterdam VU), Arnhem/Lochem: Gouda Quint/Van den Brink & Co 1990.

Naeyé 2010

J. Naeyé, *Burgerarrest* (afscheidsrede Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn/Deventer: Kluwer 2010.

Naeyé 2011

J. Naeyé, 'Burgerarrest', in: L. Gunther Moor e.a. (red.), *Burgerparticipatie*, Antwerpen/Apeldoorn/Portland: Maklu 2011, p. 213-226.

Naeyé 2013

J. Naeyé, 'Een wettelijke strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig aanhoudingsgeweld', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht* (liber amicorum Machielse), Deventer: Kluwer 2013, p. 233-240.

Nehmelman & Noorlander 2013

R. Nehmelman en C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten. Over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer: Kluwer 2013.

Nijboer 1987

J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving. De systematische grondslag van het algemeen deel van het Wv.Sr.*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987.

Nijboer 2011

J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk Bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Noyon 1926

T.J. Noyon, *Het Wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint 1926.

Nótári 2011

T. Nótári, 'Some Remarks on ius vitae ac necis and ius exponendi', *Journal on European History of Law* 2011, 2, p. 28-38.

Nouwt & Voermans 1996

J. Nouwt en W.J.M. Voermans, *Privacy in het informatietijdperk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

Nuis 2004

J.D.L. Nuis, 'De illegaal bijklussende politieagent', *DD* 2004, 3, p. 253-273.

Nuis e.a. 2004

J.D.L. Nuis e.a., *Particulier Speurwerk Verplicht*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004.

Ölçer 2010

F.P. Ölçer, 'Illegally Obtained Evidence in European Treaty of Human Rights (ETHR) Law', *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 57, p. 65-153.

Ölçer 2013

F.P. Ölçer, 'The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights', in: S.C. Thaman (red.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Dordrecht: Springer 2013, p. 371-399.

Ölçer 2015

F.P. Ölçer, 'Modernisering van de bijzondere opsporing', *Strafblad* 2015, 4, p. 298-307.

Kruisbergen & De Jong 2010

E.W. Kruisbergen en D. de Jong m.m.v. R.F. Kouwenberg, *Opsporen onder dekmantel. Regulering, uitvoering en resultaten van undercovertrajecten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers/WODC 2010.

Otte 1999

M. Otte, 'Kanttekeningen bij de voorgenomen regeling van de kroongetuige. Het wetsontwerp 'toezeggingen aan getuigen in strafzaken'', *NJB* 1999, 3, p. 113-121.

Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6

C.J. van Zeben en J.W. du Pon (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Peçi & Sikkema 2008

I. Peçi en E. Sikkema, 'De rechtsbeschermende functie van het opsporingsbegrip', in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden* (Kelk-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 353-362.

De Pinto 1882

A.A. de Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van Strafvordering*, eerste deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1882.

Plooy 2004

J. Plooy, 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken – de rechtsstaat in het geding?', *Trema* 2004, 5, p. 185-196.

Pompe 1959

W.P.J. Pompe, 'Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend?', *TvS* 1959, p. 141-151.

Ponsaers & Snacken 2002

P. Ponsaers en S. Snacken, 'Privatisering en nachtwakersstaat', *Panopticon* 2002, 2, p. 97-101.

Pool 2006

A.H. Pool, 'De werkgever als particulier rechercheur. Wat mag?', *SMA* 2006, 6, p. 246-255.

Pool 2014

A.H. Pool, *Particuliere recherche door werkgevers. De beoordeling van researchegedrag van werkgevers in het Nederlands recht in het licht van artikel 8 EVRM* (diss. Nijmegen), Nijmegen: in eigen beheer 2014.

Prakken 1996

T. Prakken, 'Over kroongetuigen en deals met criminelen', *NJB* 1996, 39, p. 1615-1621.

Prins 2009

J.E.J. Prins, 'Name, Shame and Everlasting Blame', *NJB* 2009, 3, p. 159.

Van Reenen 1979

P. van Reenen, *Overheidsgeweld. Een sociologische studie van de dynamiek van het geweldsmonopolie* (diss. Rotterdam), Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1979.

Reijntjes 1980

J.M. Reijntjes, *Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1980.

Reijntjes 1989

J.M. Reijntjes, *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing* (oratie Heerlen), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Reijntjes 1997

J.M. Reijntjes, 'Het begrip opsporing', *DD* 1997, 3, p. 213-229.

Reijntjes 1999

J.M. Reijntjes, 'Nieuw licht op de kroongetuige', *Tijdschrift voor sociaal juridische dienstverlening* 1999, 12, p. 3-8.

Reijntjes 2008

J.M. Reijntjes, 'Het prijsgeven van rechten', *Strafblad* 2008, 5, p. 547-559.

Reijntjes 2013

J.M. Reijntjes, 'Boekbespreking: G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, bewerkt door M.J. Borger', *DD* 2013, 1, p. 35-41.

Robinson 1995

O.F. Robinson, *The criminal law of ancient Rome*, Maryland: The Johns Hopkins University Press 1995.

Robinson 2007

O.F. Robinson, *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, New York: Routledge 2007.

Roodzant, Van Oosterhout & Bouwmeister 1994

R. Roodzant, A.H.C. van Oosterhout en H.F.M. Bouwmeister, 'Buitengewoon opsporingsambtenaar in wording', *APB* 1994, 23, p. 12-14.

De Roos 2006

T.A. de Roos, 'Bewijs met bijzondere getuigen. De afgeschermd getuige', *Strafblad* 2006, 1, p. 5-13.

Rose 1976

R. Rose, 'On the priorities of government: a developmental analysis of public policies', *European Journal of Political Research* 1976, 3, p. 247-289.

Röttgering 2013

A.E.M. Röttgering, *Cassatie in strafzaken. Een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Rovers & Jans 2013

B. Rovers en M. Jans, *Criminaliteit tegen bedrijven in Nederland: fenomeen- en beleidsanalyse*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Rozemond 1998

N. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Gouda Quint 1998.

Van Ruth, Gunther Moor & Stal 1994

A.G.P. van Ruth, L.G.H. Gunther Moor en P.C. Stal (red.), *Vormfouten in de strafvervolgning. Achtergrondstudie uitgevoerd ten behoeve van de Commissie Openbaar Ministerie*, Den Haag: WODC 1994.

Schalken 1987

T.M. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen* (oratie Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Schreuders e.a. 1999

E. Schreuders e.a., *Als de politie iets wil weten... De informatieuitwisseling tussen de politie en de particuliere sector op basis van artikel 11 lid 2 van de Wet persoonsregistraties*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

Schuilenburg 2012

M.B. Schuilenburg, *Orde in veiligheid. Een dynamisch perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012.

Schuijt 1996

G.A.I. Schuijt, 'De rechter en de verborgen camera: recente en eerdere rechtspraak', *Informatierecht/AMI* 1996, 5, p. 83-86.

Schuijt 2006

G.A.I. Schuijt, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

De Schutter 2014

O. de Schutter, *International Human Rights Law. Cases, materials, commentary*, Cambridge: Cambridge University Press 2014.

Shearing 2004

C.D. Shearing, 'Thoughts on Sovereignty', *Policing and Society* 2004, 1, p. 2-9.

Shearing & Stenning 1983

C.D. Shearing en P.C. Stenning, 'Private security: implications for social control', *Social Problems* 1983, 5, p. 493-506.

Shearing & Wood 2003

C.D. Shearing en J. Wood, 'Nodal Governance, Democracy, and the New 'Denizens'', *Journal of law and society* 2003, 3, p. 400-419.

Shubber 1973

S. Shubber, *Jurisdiction Over Crimes on Board Aircraft*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1973.

Sieburgh 2003

C.H. Sieburgh, 'Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2003, 2, p. 647-690.

Siemerink 2000

L. Siemerink, *De wenselijkheid en mogelijkheid van infiltratie en pseudokoop op het internet*, Deventer: Kluwer 2000.

Simmelink 1987

J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv: gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Simmelink 2004

J.B.H.M. Simmelink, 'Rondom de vervolgingsbeslissing', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en Verantwoording*, Deventer: Kluwer 2004, p. 189-242.

Simmelink & Baaijens-Van Geloven 2001

J.B.H.M. Simmelink en Y.G.M. Baaijens-Van Geloven, 'Vervolging en rechtsbescherming', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken: tweede interimrapport van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 387-496.

Simons 1927

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandse strafrecht*, eerste deel, Groningen: Noordhoff 1927.

Smidt I 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, eerste deel, tweede druk herzien door J.W. Smidt*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Smidt II 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, tweede deel, tweede druk herzien door J.W. Smidt*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Spong 1993

G. Spong, 'Vormverzuimen in het strafrecht', *DD* 1993, 9, p. 916-924.

Spong 2007

R. Spong, 'Warme gevoelens en irritaties vice versa', *Strafblad* 2007, 6, p. 506-508.

Van Steden & Hageman 2008

R. van Steden en H.A. Hageman, 'Vervagend blauw', in: J.C.J. Boutellier en R. van Steden (red.), *Veiligheid en burgerschap in een netwerksamenleving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 199-222.

Steenhuis 2011

D.W. Steenhuis, *Particulier onderzoek in strafzaken. An offer hardly to be refused*, Gorinchem: Nederlandse Veiligheidsbranche 2011.

Stevens 2010

L. Stevens, 'Strafzaken in het nieuws. Over ontsporende media en de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie', *NJB* 2010, 11, p. 660-665.

Van Stratum 2001

M. van Stratum, 'Criminele inlichtingen en het recht op kennisneming', *DD* 2001, 2, p. 174-191.

Taekema 2011

S. Taekema, 'Relative Autonomy: A Characterisation of the Discipline of Law', in: B. van Klink en S. Taekema (red.), *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 33-52.

Talsma 2007

H.J.J. Talsma, 'Opsporen 'zonder vrees en zonder blaam'. De opsporingsbevoegdheid van de Koninklijke Marechaussee', *MRT* 2007, 2, p. 33-44.

Terpstra 2012

J. Terpstra, 'Particuliere beveiligers als publieke handhavers. De Inzet van private boa's door gemeenten', *JV* 2012, 8, p. 35-50.

Terpstra 2013

J.B. Terpstra, 'Mediatisering van opsporing en vervolging. Nieuwe kwetsbaarheden van politie en justitie', *Strafblad* 2013, 5, p. 360-370.

Timan & Koops

T. Timan en E.J. Koops, 'Sociale media en surveillance: over verschuivende rollen en vervagende grenzen', *Strafblad* 2014, 4, p. 284-290.

Värk 2006

R. Värk, 'State Responsibility for Private Armed Groups in the Context of Terrorism', *Juridica International* 2006, 11, p. 184-193.

Van Veen 1968

T.W. van Veen, 'Afluisteren', *NJB* 1968, 7, p. 157-166.

Te Velde 2013

H. te Velde, 'Van Grondwet tot Grondwet. Oefenen met parlement, partij en schaalvergroting, 1848-1917', in: R. Aerts e.a. (red.), *Land van kleine gebaren. Een politieke geschiedenis van Nederland 1780-2012*, Amsterdam: Boom 2013, p. 109-194.

Vellinga-Schootstra 1982

F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking, de dwangmiddelen ter inbeslagneming* (diss. Groningen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982.

Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008

F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, '*Positive obligations*' en het Nederlandse straf(proces)recht (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 2008.

Vennix 2000

R.M. Vennix, 'Nieuwsgaring en opsporing', *AAe* 2000, 3, p. 145-149.

Verbaan & Verbeek 2012

J.H.J. Verbaan en R.J. Verbeek, 'Bijzondere opsporingsbevoegdheden in Curaçao', *Caribisch Juristenblad* 2012, 3, p. 142-151.

Verbruggen & Vegter 2014

M.W.G. Verbruggen en P.C. Vegter, 'De agent als verdachte of als getuige?', in: E. Hofstee, O. Jansen en A. Smit (red.), *Kringgedachten. Opstellen van de Kring Corstens*, Deventer: Kluwer 2014, p. 171-183.

Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2012

Vereniging van Nederlandse Gemeenten, *Visie boa in de openbare ruimte*, Den Haag: VNG 2012.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad. Monografieën privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Verlaan 2008

M.J.C. Verlaan, “Wordt vervolgd?’ De voorgestelde herzieningsregeling ten nadele nader beschouwd’, *NJB* 2008, 42, p. 2627-2630.

Van Vollenhoven & Buruma 2007

P. van Vollenhoven en Y. Buruma, *Tussen eigen verantwoordelijkheid en eigenrichting*, Dordrecht: Stichting Maatschappij Veiligheid en Politie 2007.

Ten Voorde 2013

J.M. ten Voorde, ‘Privatisering van noodweer?’, *AAe* 2013, 7/8, p. 591-597.

Vermaas 2005

P. Vermaas, ‘Dáár is de commissie-Van Traa niet voor gekomen’, *APB* 2005, 4, p. 4 en 5.

Werkgroep opsporingsberichtgeving per televisie 1971

P. Baan e.a., *Verslag van de werkgroep opsporingsberichtgeving per televisie*, Den Haag: Strafbureau Voorlichting Ministerie van Justitie 1971.

De Vos 2010

B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek* (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010.

De Vries 2016

E.S. de Vries, “You need someone whose hands are dirty to find dirt’. Een betoog voor het uitkeren van tipgeld aan de klokkenluidende kroongetuige naar Amerikaans model’, *NJB* 2016, 10, p. 665-670.

De Vries Feyens 1917

G.L. de Vries Feyens, ‘Licht en donker’, *TvS* 1917, p. 425-453.

Van de Vrugt 1982

M. van de Vrugt, *Aengaende Criminele Saken. Drie hoofdstukken uit de geschiedenis van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 1982.

Stichting aanpak voertuigcriminaliteit 2015

Stichting Aanpak Voertuigcriminaliteit, *Plan van aanpak. Informatie gestuurde Publiek-Private Samenwerking bij opsporing en terugvinden van gestolen en verduisterde voertuigen*, Hoevelaken: Stichting Aanpak Voertuigcriminaliteit 2015.

Weber 1987

M. Weber, *Politik als Beruf*, achtste druk, Berlijn: Duncker & Humblot 1987.

Werkgroep Bewaking en Beveiliging 1975

J.J. Kroeskamp e.a., *Interim-rapport Werkgroep Bewaking en Beveiliging*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1975.

Werkgroep Bewaking en Beveiliging 1977

J.J. Kroeskamp e.a., *Eind- rapport Werkgroep Bewaking en Beveiliging*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1977.

De Wilde 2012

B. de Wilde, 'Nieuwe kansen voor anonieme getuigen in strafzaken', *NJB* 2012, 34, p. 2332-2338.

De Wilde 2015

B. de Wilde, *Stille getuigen. Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d EVRM)* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Witjens 2013

E. Witjens, 'De Wet BOB tegen het (zon)licht gehouden. De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden in Aruba', *Caribisch Juristenblad* 2013, 1, p. 12-30.

Wouters, Korf & Kroeske 2007

M. Wouters, D.J. Korf en B. Kroeske, *Harde aanpak, hete zomer. Een onderzoek naar de ontmanteling van hennepkwekerijen in Nederland*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2007.

PORTFOLIO

Publicaties:

K. Dijkstra en E.M. Moerman, 'Effects of modality for original and misleading information', *Acta Psychologica* 2012, 1, p. 58-63.

F.W. Bleichrodt en E.M. Moerman, 'Enkele vormen van private bijdragen aan de opsporing belicht', *Ars Aequi* 2013, 7/8, p. 566-573.

B.W.A. Jue-Volkeren E.M. Moerman, 'Nodig of overbodig? Een verkenning van de gedragsaanwijzing van de officier van justitie (artikel 509hh Sv)', in: F.W. Bleichrodt e.a. (red.), *Onbegrensd strafrecht. Liber Amicorum Hans de Doelder*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 309-320.

E.M. Moerman en P.A.M. Mevis, 'De Novelle Cort van der Linden en zijn betekenis voor de discussie over enige actuele aspecten van materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2013, 7, p. 442-465.

E.M. Moerman, 'De positie van de bijstand door burgers in de herziening van de bijzondere opsporingsbevoegdheden', *Delikt en Delinkwent* 2015, 5, p. 363-372.

Onderwijs:

2012/13 t/m 2015/16	Begeleider masterscripties
2014/15 t/m 2015/16	Docent onderzoekspracticum master strafrecht
2013/14	Docent werkgroep materieel strafrecht bacheloronderwijs

Bezochte congressen:

2013	'Informatie en opsporing', Uitgeverij-Studiecentrum Kerckebosch
2013	'Privacy en de particuliere recherche in strafzaken', Uitgeverij-Studiecentrum Kerckebosch
2012	'(Onder)handelen in de schemering', Uitgeverij-Studiecentrum Kerckebosch
2012	'Participatie van de burger in de opsporing', Erasmus Universiteit Rotterdam

Diversen:

2014	Begeleider	rechtsvergelijkend	onderzoek	Nederland-Brazilië,	thema
				'Witwassen en omkoping'	
2015	Medeorganisator	en redactielid	seminar	Jonge Nederlandse	Juristen-Vereniging, thema 'Haat en liefde in het recht'

CURRICULUM VITAE

Eelco Moerman (Rotterdam, 1987) behaalde in 2005 zijn VWO-diploma aan het Comenius College in Capelle aan den IJssel. In het schooljaar 2005/06 was hij uitwisselingsstudent op de Oak Grove High School in Hattiesburg, Mississippi. Hierna studeerde hij Psychologie, variant brein en cognitie (2010) en Nederlands recht, variant strafrecht (2012) aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Gedurende zijn studie werkte hij onder meer als student-assistent en als buitengriffier BOPZ-zaken bij de Rechtbank Rotterdam. Na zijn studie was hij als promovendus verbonden aan de strafrechtssectie van de Erasmus School of Law. Per 1 mei 2016 is hij werkzaam als wetenschappelijk medewerker bij de Hoge Raad der Nederlanden.

In dit boek staat de juridische positie van de burger in de opsporing van strafbare feiten centraal. Als gevolg van handhavingstekorten, nieuwe technologische mogelijkheden en een toegenomen verantwoordelijkheidsgevoel voor de veiligheid is de burger steeds meer een zichtbare rol gaan spelen in de opsporing. Burgers blijken bereid om op eigen initiatief of met actieve bemoeienis van de overheid een bijdrage aan de opsporing te leveren. In het Wetboek van Strafvordering staat echter de overheidstaak tot opsporing centraal. Tegen deze achtergrond rijst de vraag hoe de bijdrage van de burger aan de opsporing zich verhoudt tot de verantwoordelijkheden van de overheid in het kader van de opsporing.

Het thema burgers en opsporing wordt in dit boek vanuit verschillende perspectieven belicht. Stilgestaan wordt bij de rol die burgers binnen en buiten de kaders van het Wetboek van Strafvordering vervullen. Onder meer burgerinformanten, burgerinfiltranten, onderzoeksjournalisten en particuliere rechercheurs passeren de revue. Tevens wordt de betekenis van door burgers vergaard bewijs in het strafproces besproken. Aan de hand van deze en andere aspecten wordt inzicht gegeven in de 'inburgering' van derden in de opsporing.

